

Gefahrübergang bei Säumnis des Käufers im deutschen und amerikanischen Recht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Rolf Biederbeck
Assessor aus Kassel

Marburg 1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554015_0004

Gefahrübergang bei Säumnis des Käufers im deutschen und amerikanischen Recht

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Rolf Biederbeck
Assessor aus Kassel
Marburg 1982

Druck von DIFO-Druck-Schmacht in Bamberg

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften

angenommen am: 28. Januar 1982

Berichterstatter: Professor Dr. Leser

Mitberichterstatter: Professor Dr. Hager

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Februar 1982



MEINEN ELTERN.

VORWORT.

Für die Betreuung der vorliegenden Dissertation möchte ich Herrn Professor Dr. Hans G. Leser an dieser Stelle herzlich danken.

Moreover, I wish to express special gratitude to the University of Chicago Law School for its support.

INHALT.	Seite
LITERATURVERZEICHNIS.	XI
VERZEICHNIS DER ANGLO-AMERIKANISCHEN ENTSCHEIDUNGEN.	XXIV
GESETZESTEXTVERZEICHNIS: UNIFORM COMMERCIAL CODE UND UNIFORM SALES ACT.	XXX
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.	XXXII
ERSTER TEIL: EINFÜHRUNG.	1
ZWEITER TEIL: DIE GEFAHRTRAGUNG IM DEUTSCHEN KAUFRECHT.	4
ERSTER ABSCHNITT: DER BEGRIFF DER GEFAHRTRAGUNG IM DEUTSCHEN RECHT.	4
A. PERICULUM REI.	4
B. PERICULUM OBLIGATIONIS.	4
ZWEITER ABSCHNITT: DIE PREISGEFAHR OHNE VERZUG DES KÄUFERS.	6
A. DIE PREISGEFAHR BEIM SPEZIESKAUF.	6
1. Der allgemein schuldrechtliche Gefahrtragungsgrund- satz des § 323 BGB.	6
II. Die kaufrechtlichen Spezialregelungen der Preis- gefahr.	6
1. Der Gefahrübergang bei Übergabe (§ 446 I 1 BGB).	7
a. Das Erfordernis der Übergabe.	8
b. Die Übergabesurrogate.	8
2. Die Gefahrtragung beim Versandungskauf (§ 447 I BGB).	9
a. Die ratio legis.	10

b. Der Erfüllungsort.	10
c. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.	11
d. Der Umfang der Gefahr.	11
B. DIE PREISGEFAHR BEIM GATTUNGSKAUF.	12
I. Der Begriff des Gattungskaufs.	12
II. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs.	13
1. Der Übergang der Leistungsgefahr.	14
2. Der Übergang der Preisgefahr.	14
III. Die Voraussetzungen der Konkretisierung (§ 243 II BGB).	15
1. Das gemeine Recht.	15
2. Die Konkretisierung nach § 243 II BGB.	16
a. Die Konkretisierung bei Hol- und Bringschuld.	16
aa. Die Konkretisierung als einseitiger Akt.	16
bb. Die Konkretisierung als zweiseitiger Vorgang.	18
cc. Die Gründe für die Lieferungstheorie.	19
b. Die Konkretisierung beim Versendungskauf.	20
aa. Die Ansicht der Literatur.	20
bb. Die Rechtsprechung.	21
IV. Der allgemeine schuldrechtliche Gefahrtragungsgrundsatz des § 323 BGB.	23
V. Die kaufrechtlichen Spezialregelungen (§§ 446 I 1, 447 I BGB).	24
DRITTER ABSCHNITT: DIE PREISGEFAHR BEIM ANNAHMEVERZUG DES KÄUFERS.	25
A. DER GEFAHRÜBERGANG NACH § 324 II BGB BEIM SPEZIESKAUF.	25
I. Die systematische Stellung des § 324 II BGB.	25
II. Der Verzug als Voraussetzung des Gefahrübergangs.	26

1. Der Verzug des Käufers mit der Empfangnahme der Ware.	26
2. Die Rechtsfolgen bei vom Käufer verzögerter Empfangnahme.	27
3. Der Zahlungsverzug des Käufers als Gläubiger- verzug.	28
4. Der Zahlungsverzug des Käufers als Schuldner- verzug.	28
III. Das Nichtvertretenmüssen.	30
IV. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.	31
1. Der Annahmeverzug bei Hol- und Bringschuld.	32
2. Der Annahmeverzug beim Versandungskauf.	32
V. Der Umfang des Anspruchs auf die Gegenleistung.	32
B. DER GEFAHRÜBERGANG NACH § 324 II BGB BEIM GATTUNGSKAUF.	33
1. Die Anwendbarkeit des § 324 II BGB bei der Gat- tungsschuld.	33
II. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahr- übergangs.	33
III. Kein Konkretisierungserfordernis bei Totalunmög- lichkeit.	35
IV. Die Voraussetzungen der Konkretisierung nach § 300 II BGB.	36
1. Das tatsächliche Angebot (§ 294 BGB).	36
2. Das wörtliche Angebot (§ 295 BGB).	37
a. Die Rechtsprechung.	37
b. Die Literatur.	39
3. Das überflüssige Angebot (§ 296 BGB).	40
DRITTER TEIL: DIE GEFAHRTRAGUNG IM AMERIKANISCHEN KAUFRECHT.	41
ERSTER ABSCHNITT: DER BEGRIFF DER GEFAHRTRAGUNG IM AMERIKANISCHEN RECHT.	41
A. DIE BEFREIUNG DES VERKÄUFERS BEI TOTALUNTERGANG.	42

I. Common Law und §§ 7 (1) und 8 (1) USA.	42
II. § 2-613 (a) UCC (Casualty to Identified Goods).	43
B. DIE BEFREIUNG DES VERKÄUFERS BEI TEILWEISEM UNTERGANG.	45
I. Common Law und §§ 7 (2) und 8 (2) USA.	45
II. § 2-613 (b) UCC (Casualty to Identified Goods).	45
ZWEITER ABSCHNITT: DIE KAUFPREISKLAGE IM COMMON LAW UND NACH § 63 (1) USA (Action for the Price).	46
DRITTER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG IM COMMON LAW UND NACH § 22 USA (RISK OF LOSS) OHNE VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER.	49
A. DIE BINDUNG DER GEFAHR AN DAS EIGENTUM.	49
I. Das Common Law.	49
II. § 22 USA (Risk of Loss).	50
III. Die vertragliche Gefahrtragungsvereinbarung.	50
B. DER EIGENTUMSÜBERGANG IM COMMON LAW UND IM UNIFORM SALES ACT.	51
I. Die Absichtsvermutungen beim Spezieskauf.	52
1. Der Eigentumsübergang bei Vertragsschluß.	52
2. Der Eigentumsübergang bei Beendigung der Liefervorbereitungen.	53
II. Die Absichtsvermutungen beim Gattungskauf.	54
1. Der Eigentumsübergang bei Konkretisierung.	54
2. California Animal Prods. Co. v. Lappin.	54
III. Die Absichtsvermutungen beim Distanzkauf.	55
1. Die "appropriation" beim Versendungskauf.	55
2. Der Eigentumsübergang beim Fernkauf.	56
VIERTER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG IM COMMON LAW BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER.	57
A. DIE VERZÖGERUNG ALS VERTRAGSBRUCH.	57

B. DIE WIRKUNG DER VERZÖGERUNG AUF EIGENTUMS- UND GEFÄHRÜBERGANG.	58
I. Der Eigentumsübergang trotz Verzögerung.	59
1. Smith v. Sherwood.	59
2. Martineau v. Kitching.	60
3. Central Lith. & Eng.Co. v. Moore.	62
4. Zusammenfassung der Entscheidungen.	62
II. Kein Eigentumsübergang infolge Verzögerung.	63
1. Die Verzögerung als leichter Vertragsbruch.	63
a. Grant v. United States.	63
b. McNeal v. Braun.	64
c. Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co.	65
2. Die Verzögerung als schwerer Vertragsbruch.	66
a. McConihe v. New York & E.R.R.	66
b. Pittsburgh, C., & St.L.Ry. v. Heck.	68
c. Mountain City Mill Co. v. Butler.	68
3. Zusammenfassung der Entscheidungen.	69
FÜNFTER ABSCHNITT: DIE GEFÄHRTRAGUNG BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER NACH § 22 (b) USA (Risk of Loss).	71
A. DIE ENTSTEHUNG DES § 22 (b) USA (Risk of Loss).	71
B. § 22 (b) USA (Risk of Loss) ALS SPEZIALREGEL.	72
I. Westmoreland Coal Co. v. Syracuse Lighting Co.	72
II. Cochran v. Friedman.	73
C. DIE TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN DES § 22 (b) USA.	74
I. Die Verzögerung.	74
1. Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co.	74
2. Daniel Gage, Inc. v. Kimball.	75
3. Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc.	75
4. Zusammenfassung der Entscheidungen.	76
II. Der leichte Vertragsbruch.	77

1. Ryland v. James Walker Co.	77
2. Turner Looker Co. v. Hindman.	79
3. Gegenüberstellung der Entscheidungen.	80
III. Verzögerung der Lieferung oder des Eigentums- übergangs?	80
IV. Das pflichtwidrige Verhalten des Käufers.	81
1. Die Holschuld.	81
2. Die Lieferanweisungen des Käufers.	82
3. Die Beschaffung von Transportmitteln.	83
V. Das Kausalitätserfordernis.	83
1. Die Rechtsprechung zum Kausalzusammenhang in § 22 (b) USA.	83
2. Die Literatur zur Kausalität in § 22 (b) USA.	84
D. DIE KONKRETISIERUNG BEIM GATTUNGSKAUF.	86
I. Humphrey v. Sagoupe.	86
II. Denby Hamilton & Co. v. Barden.	87
SECHSTER ABSCHNITT: DIE ENTSTEHUNG DES UNIFORM COMMERCIAL CODE.	87
A. DIE VORGESCHICHTE.	87
B. DER 1952ER ENTWURF.	88
C. DIE ÜBERARBEITUNG DES UCC.	89
SIEBTER ABSCHNITT: DIE KAUFPREISKLAGE NACH § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC (Action for the Price).	89
ACHTER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG OHNE VERTRAGSBRUCH: § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach).	92
A. DIE RATIO LEGIS DES § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach).	92
I. Die Trennung der Gefahrtragung vom Eigentum.	92
II. Die Orientierung am Kaufvertrag.	93
III. Die Kontrolle als Gefahrtragungsprinzip.	94

B. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM DISTANZKAUF: § 2-509 (1) UCC.	96
I. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.	97
II. Die Vermutung für den Versandungskauf.	98
III. Die Abweichung vom Kontrollprinzip.	100
C. DIE GEFAHRTRAGUNG BEI VERWAHRUNG DURCH DEN "BAILEE": § 2-509 (2) UCC.	102
I. Der Begriff des "bailee".	102
II. Gefahrtragung bei i n d o s s a b l e m Papier.	103
III. Gefahrtragung o h n e Wertpapier.	104
IV. Gefahrtragung bei n i c h t indossablem Papier oder schriftlicher Anweisung.	104
D. § 2-509 (3) UCC ALS AUFFANGTATBESTAND.	106
I. Der Verkäufer als Kaufmann.	107
II. Der Verkäufer als Nichtkaufmann.	109
E. DIE GEFAHRTRAGUNGSVEREINBARUNG: § 2-509 (4) UCC.	110
NEUNTER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM VERTRAGSBRUCH: § 2-510 UCC.	112
A. DIE ENTSTEHUNG DES § 2-510 UCC.	112
B. ÜBERBLICK ÜBER § 2-510 UCC.	113
C. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM VERTRAGSBRUCH DES KÄUFERS: § 2-510 (3) UCC.	115
I. Die Entstehung des § 2-510 (3) UCC.	115
II. Der Vertragsbruch des Käufers.	116
1. Die Erfüllungsverweigerung.	116
2. Der Vertragsbruch auf sonstige Weise.	117
III. Das Festhalten des Verkäufers am Vertrag.	120
IV. Die Fehlerfreiheit der Waren.	121
V. Die vorübergehende Gefahrtragung des Käufers.	122

1. Die Entstehungsgeschichte.	122
2. Die ratio legis.	123
3. "A Commercially Reasonable Time".	124
VI. Die Konkretisierung.	126
1. Die Konkretisierung kraft Vereinbarung.	126
2. Die Konkretisierung kraft Gesetzes.	127
3. Die Konkretisierung der Vorratsschuld.	128
4. Der Zeitpunkt der Konkretisierung.	129
a. Konkretisierung - Vertragsbruch - Untergang.	129
b. Konkretisierung - Untergang - Vertragsbruch.	130
c. Vertragsbruch - Konkretisierung - Untergang.	131
VII. Die Versicherung der Waren.	132
1. Der bisherige Rechtszustand im Common Law.	132
2. Das Common Law im Vergleich zur jetzigen Regelung.	134
3. Der Deckungsumfang der Versicherung.	135
4. Das Recht des Versicherers zur "subrogation".	136
5. Die Verteilung des Risikos.	137
VIERTER TEIL: DIE GEFAHRTRAGUNG IM EINHEITLICHEN KAUFGESETZ.	139
ERSTER ABSCHNITT: DER BEGRIFF DER GEFAHRTRAGUNG: ART. 96 EKG (Wirkung des Gefahrübergangs).	139
A. "LE FAIT DU VENDEUR".	140
B. DIE GRUNDREGELN DER GEFAHRTRAGUNG IN ART. 74 UND 78 EKG.	141
ZWEITER ABSCHNITT: DER GEFAHRÜBERGANG BEI LIEFERUNG OHNE VERZÖGERUNG.	143
A. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM SPEZIESKAUF.	143
1. Die Lieferung als Gefahrtragungskonzept.	143
1. Der Begriff der Lieferung.	145
2. Die Lieferung bei der Hol- und Bringschuld.	147
3. Die Lieferung beim Versendungskauf.	147

B. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM GATTUNGSKAUF.	148
I. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs.	148
1. Die Konkretisierung bei der Hol- und Bringschuld.	148
2. Die Konkretisierung beim Versandungskauf.	149
DRITTER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER: ART. 98 EKG.	150
A. DIE VERZÖGERUNG BEIM SPEZIESKAUF: ART. 98 I EKG.	151
I. Die Voraussetzungen des Gefahrübergangs.	151
1. Die Lieferbereitschaft des Verkäufers.	151
2. Die Pflichtverletzung des Käufers.	152
3. Der Inhalt der Abnahmepflicht.	153
4. Die Vertragsverletzung bei der Hol- und Bringschuld.	154
5. Die Vertragsverletzung beim Versandungskauf.	154
II. Kein Gefahrübergang bei Vertragsaufhebung durch den Verkäufer.	155
III. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.	156
IV. Der Rückfall der Gefahr auf den Verkäufer.	157
V. Die Sorgfaltspflicht des Verkäufers.	157
B. DIE VERZÖGERUNG BEIM GATTUNGSKAUF: ART. 98 II, III EKG.	157
I. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs nach Art. 98 II EKG.	157
1. Die Voraussetzungen der Konkretisierung in Art. 98 II EKG.	158
2. Die Konkretisierung bei der Hol- und Bringschuld.	159
3. Die Konkretisierung beim Versandungskauf.	159
II. Der Gefahrübergang ohne Aussonderung der Ware: Art. 98 III EKG.	160
1. Die Voraussetzungen des Art. 98 III EKG.	161
2. Der Untergang des gesamten Vorrats bzw. Totalunmöglichkeit.	162
3. Der Untergang einer Teilmenge.	162

FÜNFTER TEIL: ZUSAMMENFASSENDE VERGLEICH.	165
ERSTER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG OHNE VERZÖGERUNG.	165
A. DAS DEUTSCHE RECHT.	165
B. DAS AMERIKANISCHE RECHT.	165
I. Die Kritik am Common Law und an § 22 USA (Risk of Loss).	165
II. Das Prinzip der Kontrolle in § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach).	166
C. DAS EINHEITLICHE KAUFGESETZ.	168
ZWEITER ABSCHNITT: DIE GEFAHRTRAGUNG BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER.	169
A. DAS DEUTSCHE RECHT.	169
I. § 324 II BGB beim Spezieskauf.	169
II. § 324 II BGB beim Gattungskauf.	170
B. DAS AMERIKANISCHE RECHT.	171
I. Der heutige § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) im Vergleich zum früheren Recht.	171
II. Der Grundgedanke des § 2-510 (3) UCC.	173
III. Die Konkretisierung: "Identification" heute und "Appropriation" früher.	174
IV. Die wirtschaftliche Funktion der Versicherung.	175
C. DAS EINHEITLICHE KAUFGESETZ.	175
I. Art. 98 I EKG: Der Spezieskauf.	175
II. Art. 98 II und III EKG: Die Konkretisierung beim Gattungskauf.	176
DRITTER ABSCHNITT: DIE EINHEITLICHE LÖSUNG.	178

LITERATURVERZEICHNIS.

I. KOMMENTARE.

- Anderson, Ronald A. Uniform Commercial Code, Bd. 2:
§§ 2-401 - 3-419 UCC, 2. Aufl. Rochester,
N.Y. - San Francisco, Ca. 1971.
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch, Kommentar,
23. Aufl. München 1978.
- Dölle, Hans Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht,
bearbeitet von Ernst von Caemmerer (u.a.),
hrsg. von Hans Dölle, München 1976.
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, Bd. 1, 6. Aufl. Münster 1975.
- Graveson/Cohn/Graveson The Uniform Laws on International Sales
Act 1967, A Commentary by Ronald H. Graveson,
Ernst J. Cohn and Diana Graveson, London
1968.
- Mertens/Rehbinder Internationales Kaufrecht, Kommentar zu den
Einheitlichen Kaufgesetzen, Frankfurt a.M.
1975.
- Palandt, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
38. Aufl. München 1979.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg.
von Mitgliedern des BGHs, Bd.2, Teil 1:
§§ 241-413 BGB, 12. Aufl. Berlin-New York
1976.
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.2:
§§ 241-610 BGB, 10. Aufl. Stuttgart (u.a.)
1967.
- von Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Bd. 11, Teil 1a: §§ 241, 243-248 BGB, 11.
Aufl. Berlin 1967;
Bd. 11, Teil 1c: §§ 249-327 BGB, 10./11.
Aufl. Berlin 1967;
Bd. 11, Teil 1d: §§ 328-432 BGB, 10./11.
Aufl. Berlin 1978.
- Stötter, Viktor Internationales Einheits-Kaufrecht, München
1975.

- Studienkommentar zum BGB Erstes bis Drittes Buch, bearbeitet von
Volker Beuthien (u.a.), Frankfurt/M. 1975.
- Würdinger/Röhrich Großkommentar, Handelsgesetzbuch, Bd.4,
§§ 373-376 HGB, 3. Aufl. Berlin 1970.
- II. Lehr- und Handbücher.
- Bender's UCC Service Bd. 3A: Sales & Bulk Transfers Under the Uni-
form Commercial Code, by Richard W. Duesen-
berg and Lawrence P. King, New York 1978.
- Benjamin, Judah P. A Treatise on the Law of Sale of Personal
Property, 8. Aufl. London 1950;
Benjamin's Sale of Goods, General Editor:
A.G. Guest, London 1974.
- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. Berlin-
Frankfurt a.M. 1969.
- Blumenwitz, Dieter Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht,
2. Aufl. München 1976.
- Bogert, Georg C. - Britton,
William E. - Hawkland, Wil-
liam D. Cases and Materials on the Law of Sales and
Security, 4. Aufl. Brooklyn 1962.
- Braucher, Robert - Riegert,
Robert A. Introduction to Commercial Transactions,
Mineola, N.Y. 1977.
- Bunn, Charles - Snead, Harry -
Speidel, Richard An Introduction to the Uniform Commercial
Code, Charlottesville, Va. 1964.
- Capelle, Karl-H. Handelsrecht, 18. Aufl. München 1977.
- Corbin, Arthur L. Contracts, Bd. 6: §§ 1252 - 1372, St. Paul,
Minn. 1962.
- Esser/Schmidt Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Teil-
bd. 1, 5. Aufl. Karlsruhe 1975.
- Esser/Weyers Schuldrecht, Bd. 2: Besonderer Teil, Teil-
bd. 1, 5. Aufl. Karlsruhe 1977.
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 6. Aufl. Berlin-New York 1976.
- Hawkland, William D. Sales and Bulk Sales, 2. Aufl. Philadelphia,
Pa. 1958.
- Hawkland, William D. A Transactional Guide to the Uniform Commer-
cial Code, Bd. 1, 1964.

- King, Donald B. The New Conceptualism of the Uniform Commercial Code, St. Louis 1968.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts,
Bd. 1: Allgemeiner Teil, 11. Aufl. München 1976;
Bd. 2: Besonderer Teil, 11. Aufl. München 1977.
- Nordstrom, Robert J. Handbook of the Law of Sales, St. Paul, Minn. 1970.
- Nordstrom, Robert J. - Lattin, Norman D. Problems and Materials on Sales and Secured Transactions, St. Paul, Minn. 1968.
- Peters, Ellen A. Commercial Transactions, Indianapolis-Kansas City-New York 1971.
- Posner, Richard A. Economic Analysis of Law, 2. Aufl. Boston-Toronto 1977.
- Rheinstein, Max Einführung in die Rechtsvergleichung, bearbeitet, hrsg. und eingeleitet von Reimer von Borries, München 1974.
- Thöl, Heinrich Das Handelsrecht, Bd. 1, 6. Aufl. Leipzig 1879.
- UCC Handbook hrsg. von der Oregon State Bar: Committee on Continuing Legal Education, Portland, Or. 1963.
- Vold, Lawrence Handbook of the Law of Sales, St. Paul, Minn. 1931; 2. Aufl., St. Paul, Minn. 1959.
- White, James J. - Summers, Robert S. Handbook of the Law Under the Uniform Commercial Code, St. Paul, Minn. 1972.
- Williston, Samuel A Treatise on the Law of Contracts,
Bd. 6: 1962, §§ 812-899 B,
Bd. 8: 1964, §§ 947-1011,
Bd. 11: 1968, §§ 1290-1453 A,
3. Aufl. von Walter H.E. Jaeger, Mount Kisco, N.Y.
- Williston, Samuel The Law Governing Sales of Goods at Common Law and Under the Uniform Sales Act, New York 1909.
- Williston, Samuel The Law Governing Sales of Goods,
Bd. 1: §§ 1-257,
Bd. 2: §§ 258-469,
Bd. 3: §§ 470-681,
Überarb. Aufl. New York 1948.

- | | |
|-------------------|---|
| Williston, Samuel | Williston on Sales, Bd. 3, 4. Aufl. by Alphonse M. Squillante & John R. Fonseca, Rochester, N.Y. - San Francisco, Ca. 1974. |
| Wolf, Ernst | Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bde., Köln (u.a.) 1978. |

III. Monographien und Dissertationen.

- | | |
|------------------|--|
| Almén, Tore | Das skandinavische Kaufrecht, Bd. 1, Deutsche Ausgabe von Friedrich K. Neubecker, Heidelberg 1922. |
| Bachmann, Fritz | Gefahrübergang bei Gattungsschulden insbesondere bei Annahmeverzug, Diss. Göttingen 1933. |
| Beuthien, Volker | Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969. |
| Bugan, Thomas G. | When Does Title Pass, Delaware 1948; 2. Aufl. Dubuque, Iowa 1951. |
| Cuno, Wilhelm | Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Breslau 1901. |
| Dreher, Fritz J. | Gefahrtragungsprobleme beim Versendungskauf, Diss. Münster 1970. |
| Egli, Walter | Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Diss. Zürich 1926. |
| Eisser, Georg | Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Berlin 1927. |
| Filios, Paul C. | Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, Berlin 1964. |
| Fischer, Knut | Probleme des Versendungskaufes unter besonderer Berücksichtigung des Eigentumsübergangs, Diss. Berlin 1962. |
| Hager, Günter | Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht, Frankfurt a.M. 1975. |

- Hager, Günter Die Gefahrtragung beim Kauf; erscheint in Kürze (dieses Werk wurde nicht mehr in die vorliegende Dissertation eingearbeitet).
- Hüffer, Uwe Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Berlin 1976.
- Kisch, Wilhelm Gattungsschuld und Wahlschuld, München-Leipzig 1912.
- Krückmann, Paul Gewährschaft, Gefahrtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, Stuttgart 1936.
- Lagergren, Gunnar Delivery of the Goods and Transfer of Property and Risk in the Law on Sale, A Comparative Study, Stockholm 1954.
- Leser, Hans G. Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975.
- Poroy, Reha Le transfert des risques dans le contrat de vente dans les droits suisse et anglais et dans le projet de loi internationale sur la vente de l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé, Diss. Genf 1950.
- Rabel, Ernst Das Recht des Warenkaufs,
1. Bd., (Unveränderter Neudruck der Ausgaben von 1936 und 1957), Berlin 1964,
2. Bd., (Unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1958), Berlin - Tübingen 1967.
- Rabel, Ernst Gesammelte Aufsätze, hrsg. von Hans G. Leser,
Bd. I: Arbeiten zum Privatrecht
1907-1930, Tübingen 1965,
Bd. III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919-1954,
Tübingen 1967.
- Reinecke, Jürgen Die Haftung des Verkäufers für Leistungsstörungen im geltenden deutschen Recht, verglichen insbesondere mit dem internationalen Kaufgesetz vom 1. Juli 1964, Diss. Freiburg i. Br. 1968.
- Rheinstein, Max Gesammelte Schriften, hrsg. von Hans G. Leser,
Bd. 1: Rechtstheorie und Soziologie, Rechtsvergleichung und Common Law (USA), Tübingen 1979.
- Schubert, Werner Deutsches Kaufrecht, Berlin 1937.

- Twining, William Karl Llewellyn and the Realist Movement,
London 1973.
- Vathis, Vassilios Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen
im deutschen und EKG-Recht, Frankfurt a.M. -
Bern - Las Vegas 1977.
- Vogt, Lothar Gewährleistung für Rechtsmängel und Gefahr-
übergang beim Kauf beweglicher Sachen,
Diss. Tübingen 1968.

IV. Aufsätze.

- Anderson, Ronald A. Title and Risk in Sales Under the Uniform
Commercial Code, Am.Bus.L.J. 1 (1963), 84.
- Annotation Sales - Who Must Bear Loss where Property
Sold Is Not Paid For, Am. St. Rep. 22 (1892),
866.
- Annotation Delay in Delivery Placing Goods at the Risk
of the Party at Fault Under § 22 (b) of Uni-
form Sales Act, A.L.R. 2d 38 (1954), 662.
- Annotation Who Bears Risk of Loss of Goods Under UCC
§§ 2-509, 2-510, A.L.R. 3d 66 (1975), 145.
- Bagge, M. Algot Quelques réflexions à propos du règlement
du transfert du risque dans le projet de
loi internationale sur la vente présenté
en 1935 par l'Institut de Rome pour l'uni-
fication du droit privé, in: Études de droit
civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris
1939, S. 45.
- Ballerstedt, Kurt Zur Lehre vom Gattungskauf, in: Festschrift
für Hans Carl Nipperdey, Zum 60. Geburtstag
21. Januar 1955, hrsg. von Rolf Dietz, Al-
fred Hueck und Rudolf Reinhardt, München -
Berlin 1955, S. 261.
- Baude, Patrick L. Risk of Loss and the Uniform Commercial
Code: The Unlamented Passing of Passing
of Title, Kan.L.Rev. 13 (1965), 565.
- Braucher, Robert The Legislative History of the Uniform Com-
mercial Code, Colum. L. Rev. 58 (1958), 798.

- Brox, Hans Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache, JuS 15 (1975), 1.
- von Caemmerer, Ernst Anleiheschulden und Einlösungsmittel, JZ 1951, 740.
- von Caemmerer, Ernst "Mortuus Redhibetur". Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137. In: Festschrift für Karl Larenz, Zum 70. Geburtstag, hrsg. von Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen und Claus-Wilhelm Canaris, München 1973, S. 621.
- Corbin, Arthur L. The UCC - Sales; Should It Be Enacted?, Yale L.J. 59 (1950), 821.
- Corman, Calvin W. The Law of Sales Under the Uniform Commercial Code, Rutgers L.Rev. 17 (1962), 14.
- Duesenberg, Richard W. Title: Risk of Loss and Third Parties, Mo. L. Rev. 30 (1965), 191.
- Dugan, Robert Stolen Checks - the Payee's Predicament, Boston U.L.Rev. 53 (1973), 955.
- Ficker, Hans C. Gefahrtragung im Haager Einheitlichen Kaufgesetz und im deutschen Schuldrecht, in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 131.
- Fischer, Hans A. Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, JherJb. 51 (1907), 159.
- Foorman, James L. Risk of Loss Under § 2-509 of the California Uniform Commercial Code, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352.
- Glaser, Gerald G. - Kelsch, William C. Title Theory and the Uniform Commercial Code, N.D.L.Rev. 30 (1954), 211.
- Hadding, Walther Zum Verzug des Gläubigers, JA 10 (1978), 615.
- Hall, Howard L. Article 2 - Sales - "From Status to Contract?", Wis.L.Rev. 1952, 209.
- Hohenstein, Adolf Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers, ArchBürgR 25 (1905), 69.
- Hönn, Günther Zur Dogmatik der Risikotragung im Gläubigerverzug bei Gattungsschulden, AcP (1977), 385.

- van Horn, Grayson P. Commercial Transactions: Risk of Loss: What Does the Code Mean by Bailee?, Okla. L. Rev. 21 (1968), 310.
- Huber, Ulrich Zur Konzentration beim Gattungskauf, in: Festschrift für Kurt Baileerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dez. 1975, hrsg. von Werner Flume, Peter Raisch (u.a.), Berlin 1975, S. 327.
- von Jhering, Rudolf Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontracte, JherJb. 4 (1861), 366.
- Kidd, D. Thomas Uniform Commercial Code Section, The Passage of Title, Wyo. L.J. 14 (1959), 25.
- King, F. Carlton UCC § 2-510: A Rule Without Reason, Com. L.J. 77 (1972), 272.
- Kronman, Anthony T. Specific Performance, U. Chi. L. Rev. 45 (1978), 351.
- Kuenzel, Calvin A. Uniform Commercial Code: Its Effect on Florida's Existing Law of Sales, Fla. B.J. 36 (1962), 1020.
- Lattin, Norman D. The Law of Sales in the Uniform Commercial Code, Ohio St. L.J. 15 (1954), 12.
- Lattin, Norman D. UCC, Article 2 on Sales: Some Observations on Four Fundamentals, Hastings L.J. 16 (1965), 551.
- Latty, Elvin R. Sales and Title and the Proposed Code, L. & Contemp.Prob. 16 (1951), 3.
- Latty, Elvin R. A Non-Property Approach to Sales Law, Bus. L.Rev. 1 (1954), 135.
- Leser, Hans G. Rezension: Ernst Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 2, Berlin - Tübingen 1958, AcP 157 (1959), 528.
- Leser, Hans G. Die Vertragsaufhebung im Einheitlichen Kaufgesetz, in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer, Karlsruhe 1973, S. 1.
- Leser, Hans G. Ein Beitrag Ernst Rabels zur Privatrechtsmethode: "Die wohlthätige Gewohnheit, den Rechtsfall vor der Regel zu bedenken.", in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans C. Ficker (u.a.), Tübingen 1978, S. 891.

- Llewellyn, Karl N. Through Title to Contract and a Bit Beyond, N.Y.U.L.Q. Rev. 15 (1938), 159.
- Llewellyn, Karl N. Across Sales on Horseback, Harv.L. Rev. 52 (1939), 725.
- Magnus, Ulrich Urteilsanmerkung zu EKG-Entscheidungen, RIW/AWD 23 (1977), 429.
- Magnus, Ulrich Das Haager Einheitskaufrecht und die gegenwärtige deutsche Praxis, NJW 30 (1977), 2000.
- Magnus, Ulrich Reform des Haager Einheitskaufrechts, ZRP 11 (1978), 129.
- McCoid, John C. Allocation of Loss and Property Insurance, Ind.L.J. 39 (1964), 647.
- Medicus, Dieter Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 6 (1966), 297.
- Neumayer, Karl Zur Revision des Haager Einheitlichen Kaufrechts: Gefahrtragung, Gehilfenhaftung, fait du vendeur und Lückenproblem, in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans C. Ficker (u.a.), Tübingen 1978, S. 955.
- Peters, Ellen A. Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods Under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two, Yale L.J. 73 (1963), 199.
- Pope, Priscilla K. Uniform Commercial Code - Risk of Loss, Ark.L.Rev. 28 (1975), 508.
- Rabel, Ernst Die eigene Handlung des Schuldners und des Verkäufers, RheinZ 1 (1909), 187; auch abgedruckt in: Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 1, hrsg. von Hans G. Leser, Tübingen 1965, S. 103.
- Rabel, Ernst - (u.a.) Kaufvertrag, in: RvGLHWB, hrsg. von Franz Schlegelberger, Bd. 4, Berlin 1933, S. 727.
- Rabel, Ernst Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, RabelsZ 9 (1935), 1 und 339; auch abgedruckt in: Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, hrsg. von Hans G. Leser, Tübingen 1967, S.522.
- Rabel, Ernst Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts, RabelsZ 17 (1952), 212; auch abgedruckt in: Ernst Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 2, Berlin - Tübingen 1958, S. 359.

- Rheinstein, Max Comparative Law - Its Functions, Methods and Usages, Ark.L.Rev. 22 (1968), 415; auch abgedruckt in: Max Rheinstein, Gesammelte Schriften, Bd. 1, hrsg. von Hans G. Leser, Tübingen 1979, S. 251.
- Rheinstein, Max Legal Systems: Comparative Law and Legal Systems, in: International Encyclopedia of the Social Sciences 9 (1968), 204; auch abgedruckt in: Max Rheinstein, Gesammelte Schriften, Bd. 1, hrsg. von Hans G. Leser, Tübingen 1979, S. 239.
- Riese, Otto Über die Vorarbeiten zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, in: Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, S. 561.
- Riese, Otto Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, RabelsZ 22 (1957), 16.
- Riese, Otto Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, RabelsZ 29 (1965), 1.
- Ruprecht, Ingeborg Das Recht des Warenkaufs im amerikanischen Uniform Commercial Code, RabelsZ 19 (1954), 427.
- Schmitthoff, Clive M. The Risk of Loss in Transit in International Sales, in: Unification of the Law Governing International Sales of Goods, hrsg. von John Honnold, Paris 1966, S. 169.
- Schröder, Jan Zur Auslegung des § 300 Abs. 2 BGB, MDR 27 (1973), 466.
- Trumbull, William M. The Uniform Commercial Code in Illinois, De Paul L.Rev. 8 (1958), 1.
- Waite, John B. The Proposed New Uniform Sales Act, Mich. L.Rev. 48 (1950), 603.
- Weems, Charles S. Passage of Title and Risk of Loss Under the UCC and Louisiana Law, La. Law Review 27 (1967), 299.
- Weimar, Wilhelm Der Übergang der Preisgefahr beim Kaufvertrag, MDR 26 (1972), 300.
- Westermann, Harm P. Gefahr und Gefahrübergang im Schuldrecht, JA 10 (1978), 481 und 551.

- Whiteside, Frederick W. Uniform Commercial Code - Major Changes in Sales Law, Ky.L.J. 49 (1960), 165.
- Williams, Stephen L. Risk of Loss Under the Uniform Commercial Code, Ind. L. Rev. 7 (1974), 711.
- Williston, Samuel The Risk of Loss After an Executory Contract of Sale in the Common Law, Harv. L. Rev. 9 (1895), 106.
- Williston, Samuel The Law of Sales in the Proposed Uniform Commercial Code, Harv. L. Rev. 63 (1950), 561.

V. Berichte, Dokumente und Materialien.

- Acte final de la Conférence sur un Projet de Convention relatif à une loi uniforme sur la vente tenue à la Haye du 1er au 10 novembre 1951, in: UNIDROIT, 1947-1952, Bd. 3, Rom 1954, S. 282.
- Association of the Bar of the City of New York Committee on Uniform State Laws, Report on the Uniform Commercial Code, February 1, 1962.
- Bender's UCC Service Bd. 6: UCC Reporter-Digest, Teil 1: UCC Text, History and Variations, by William F. Willier, Frederick M. Hart and Robert J. Desiderio, New York 1978.
- Bericht des Generalsekretärs Analysis of replies and comments by governments on the Hague Conventions of 1964: Report of the Secretary-General, UN-Dokument A/CN.9/31, in: UNCITRAL Yearbook, Bd. 1: 1968-1970, New York 1971, S. 159.
- Denkschrift Denkschrift der deutschen Bundesregierung zu den Kaufrechtsübereinkommen. In: Deutscher Bundestag Drucksache VI/3772, S.49 und (unverändert) In: Deutscher Bundestag Drucksache 7/115, S. 50.
- Entwurf I Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission. Amtliche Ausgabe. Berlin - Leipzig 1888.
- Entwurf II Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Auf amtliche Veranlassung. Berlin 1895.

- Entwurf von 1935 *Projet d'une Loi Internationale sur la Vente S.D.N. (1935) - U.D.P. - Projet I, (in französischer Sprache) in: Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 374; ferner (in französischer und deutscher Sprache) in: RabelsZ 9 (1935), 8; sowie (in deutscher Sprache) in: Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, hrsg. von Hans G. Leser, Tübingen 1967, S. 530.*
- Entwurf von 1939 *Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente Internationale des Objets Mobiliers Corporels, U.D.P. 1939 - I (2), in: UNIDROIT, Rom 1951; auch abgedruckt (in französischer Sprache) in: Ernst Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 2, Berlin - Tübingen 1958, S. 395.*
- Entwurf von 1956 *Projet de Loi Uniforme sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels, in: UNIDROIT, Annuaire/Yearbook 1956, Bd. 1, Rom 1957, S. 70; auch abgedruckt (in französischer und englischer Sprache) in: Mertens/Rehbinder, S. 349; ferner in: Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 416 (in französischer Sprache); in: RabelsZ 22 (1957), 124 (in französischer und deutscher Sprache).*
- Entwurf von 1963 *Projet d'une Loi Uniforme sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels, (in französischer und englischer Sprache) in: Mertens/Rehbinder, S. 349.*
- Kommentar zum
UNCITRAL-Entwurf 1976 *Commentary on the Draft Convention on the International Sale of Goods, UN-Document A/CN.9/116, Annex II, in: UNCITRAL Yearbook, Bd. VII: 1976, New York 1977, S. 96.*
- N.Y.State Law Revision Comm'n *Report for 1954, Bd. 1,
Report for 1955, Bd. 1,
Report for 1956.*
- Official Comment *Uniform Commercial Code, 1972, Official Text with Comments, hrsg. vom A.L.I. und von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.*
- Protokolle *der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles u.a., Bd. I, Berlin 1897.*

- Tunc, André Commentaire sur les Conventions de la Haye du 1er juillet 1964 sur la Vente internationale des objets mobiliers corporels et la Formation du contrat de vente: Actes, S. 355; auch (mit deutscher Übersetzung) abgedruckt in: Deutscher Bundestag, Drucksache VI/3772, S. 78 und (unverändert) in: Deutscher Bundestag Drucksache 7/115, S. 79.
- UCC (1952) Official Draft 1952, hrsg. vom A.L.I. und von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
- UCC (1956) Recommendations of the Editorial Board for the UCC, 1956, hrsg. vom A.L.I. und von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
- UCC (1957) Official Text 1957, hrsg. vom A.L.I. und von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
- UCC (1972) Official Text 1972, hrsg. vom A.L.I. und von der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.
- U.L.A. Bd. 1: Sales, Brooklyn, N.Y. 1950.
- UNCITRAL-Entwurf 1976 Draft Convention on the International Sale of Goods, UN-Dokument A/CN.9/116, Annex I, in: UNCITRAL Yearbook, Bd. VII: 1976, New York 1977, S. 89.
- USA In: Uniform Laws Annotated, Bde. 1 und 1 A, Brooklyn, N.Y. 1950.

VERZEICHNIS DER ANGLO-AMERIKANISCHEN ENTSCHEIDUNGEN¹⁾.

	Seite
A.M. Knitwear Corp. v. All America Export- Import Corp. 41 N.Y.2d 14, 390 N.Y.S.2d 832, 359 N.E. 2d 342 (1976).	98, 112
American Oak Extract Co. v. Ryan 104 Ala. 267, 15 So. 807 (1894).	65, 83
Baltimore & Ohio R.R. v. Carter 133 Md. 551, 105 A. 760 (1919).	72, 83, 84
Baumgold Bros., Inc. v. Allan M. Fox Co., East 375 F. Supp. 807 (N.D. Ohio 1973).	100
Black Prince Distillery, Inc. v. Home Liquors 148 N.J.Super. 286, 372 A.2d 638 (1977).	98, 99, 100
Brady v. Cassidy 145 N.Y. 171, 39 N.E. 814 (1895) (aff'd 104 N.Y. 147, 10 N.E. 131 (1887)).	73
California Animal Prods. Co. v. Lappin 54 R.I. 75, 170 A. 71 (1934).	54 f.
Caudle v. Sherrard Motor Co. 525 S.W.2d 238 (Tex.Civ.App. 1975).	94, 103, 107, 111
Central Lith. & Eng. Co. v. Moore 75 Wis. 170, 43 N.W. 1124 (1889).	54, 59, 62, 84, 133 f.
Cochran v. Friedman 191 N.Y.S. 729 (Sup.Ct. 1922).	73 f., 117
Chochrane v. Forbes 257 Mass. 135, 153 N.E. 566 (1926)	76
Collins v. Wilson 70 D.L.R. 642 (Sask.Ct.App. 1922).	72
Consolidated Bottling Co. v. Jaco Equipment Corp. 442 F.2d 660 (2d Cir.1971).	98, 111

1. Die Zitierweise der Entscheidungen orientiert sich an:
A Uniform System of Citation, published and distributed by The
Harvard Law Review Association, 12. Aufl. 1976.

Conte v.Styli 26 Mass. App. Dec.73 (1963).	93
Dana Debs, Inc. v. Lady Rose Stores, Inc. 65 Misc.2d 697, 319 N.Y.S.2d 111 (Civ.Ct.N.Y. 1970).	93, 99
Daniel Gage, Inc. v. Kimball 288 Mass. 413, 193 N.E. 30 (1934).	75, 76,166
Deitch v. Shamash 56 Misc.2d 875, 290 N.Y.S.2d 137 (Civ.Ct.1968).	107,109
Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co. 50 La. Ann. 544, 23 So. 619 (1898).	56, 58, 63 65f., 69, 70, 83
Demby Hamilton & Co. v. Barden 1 All E.R. 435 (K.B. 1949).	72, 82, 85, 87
Diefenbach v. Gorney 93 Ill. App.2d 51, 234 N.E. 2d 813 (1968).	93
Dobbins v. Edmonds 18 Mo. App. 307 (1885).	48, 57, 79
Eberhard Mfg. Co. v. Brown 61 Mich.App. 268, 232 N.W.2d 378 (1975).	99,100
Electric Regulator Corp. v. Sterling Extruder Corp. 280 F. Supp. 550 (D. Conn. 1968).	97, 98, 99
Ellis v. Bell Aerospace Corp. 315 F. Supp. 221 (D. Or. 1970).	103,108
Fairfield Knitwear, Inc. v. GAF Trucking & Hauling, Inc. 7 UCC Rep. 1050 (N.Y.Sup.Ct.1970).	93
Fischer v. Means 88 Cal. App.2d 137, 198 P.2d 389 (1948).	84
Galbraith v. American Motorhome Corp. 14 Wash. App. 754, 545 P.2d 561 (1976).	107,111
Geoghegan Sons & Co. v. Arbuckle Bros. 139 Va. 92, 123 S.E. 387 (1924).	49
Goedeker v. Peter Kiewit Sons' Co. 171 Neb. 532, 106 N.W.2d 679 (1960).	50, 72, 80f.
Goosic Const. Co. v. City Nat. Bank of Crete 196 Neb. 86, 241 N.W.2d 521 (1976).	112

Grant v. United States	
74 J.S. (7 Wall.) 331 (1868).	1,46,49,56,58,63f.,69,70,73
Gross v. Ajello	
132 A.D. 25, 116 N.Y.S. 380 (1909).	73
Hayden v. Demets	
53 N.Y. 426 (1873) (aff'd 34 N.Y. Super.Ct. 344).	47
Hayward v. Postma	
31 Mich. App. 720, 188 N.W.2d 31 (1971).	107,111
Heinberg Bros. v. F. Cannon & Co.	
36 Fla. 601, 18 So. 714 (1896).	57
Henry Heide, Inc. v. Atlantic Mut.Ins.Co.	
80 Misc.2d 485, 363 N.Y.S. 2d 515 (N.Y. Sup.Ct. 1975).	102,129
Humphrey v. Sagouspe	
50 Nev. 157, 254 P. 1074 (1927).	86
Illinois Cent. R.R. v. Oswald	
338 Ill. 270, 170 N.E. 247 (1930).	85
Krauss v. Greenbarg	
137 F.2d 569 (3rd Cir. 1943).	85
L.H. Grammes & Sons v. Landis Bros.	
30 Pa. Dist. 705 (1920).	83
Lair Distributing Co. v. Crump	
48 Ala.App. 72, 261 So.2d 904 (1972).	108
Martineau v. Kitching	
L.R.7 Q.B. 436 (1872).	49, 51, 59, 60ff., 71,133
McConihe v. New York & E.R.R. Co.	
20 N.Y. 495, 75 Am.Dec. 420 (1859).	1,49,57,64,66f.,68,69,70
McNeal v. Braun	46,48,58,
53 N.J.L. 617,23 A. 687 (1892).	63,64f.,69,70,73
Mercanti v. Persson	
160 Conn. 468,280 A.2d 137 (1971).	111,118,119f.,130
Mitchell v. Highway Equipment Co.	
21 UCC Rep. 1034 (Pa.Ct. Comm. Pl. 1976).	109
Morrell v. Koerner-Parker Lumber Co.	
51 Mo. App. 592 (1892).	57

Mountain City Mill Co. v. Butler 109 Ga. 469, 34 S.E. 565 (1899).	66, 68f., 70
Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc. 166 Conn. 280, 348 A.2d 618 (1974).	92, 117ff., 124, 125 130, 135, 173
Neal Bros. & Co. v. Shewalter 5 Ind. App. 147, 31 N.E. 848 (1892).	48, 57, 64
Ninth Street East, Ltd. v. Harrison 5 Conn.Cir.Ct. 597, 259 A.2d 772 (1968).	92, 99, 100, 116
Park County Implement Co. v. Craig 397 P.2d 800 (Wyo. 1964).	93
Philipps-Jones Co. v. Blackstock 23 Ga. App. 574, 99 S.E. 48 (1919).	47, 55
Pittsburgh, C., & St.L.Ry.Co. v. Heck 50 Ind. 303, 19 Am. Rep. 713 (1875).	47,54, 60, 66, 68, 69, 70
Planters' Oil Mill & Gin Co. v. A.K. Burrow Co. 10 F.2d 312 (5th Cir. 1925).	82
Portal Gallaries v. Tomar Prods. 60 Misc.2d 523, 302 N.Y.S.2d 871 (Sup.Ct. 1969).	120f. 124, 125f., 130, 135
Puamier v. Barge BT 1793 395 F. Supp. 1019 (E.D.Va. 1974).	93
Radloff v. Bragmus 214 Minn. 130, 7 N.W.2d 491 (1943).	166
Roaring Fork Potato Growers v. Clemons Produce Co. 193 Mo. App. 653, 187 S.W. 617 (1916).	79
Roswell Nursery Co. v. Mielenz 18 N.M. 417, 137 P. 579 (1913).	46
Rylance v. James Walker Co. 129 Md. 475, 99 A. 597 (1916).	77ff., 80, 86
S-Creek Ranch, Inc. v. Monier & Co. 509 P.2d 777 (Wyo. 1973).	97

Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc. 202 F.2d 887 (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp. 652 (N.D. Ohio 1952)).	52 , 72, 75f., 83, 84
Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co. 173 Wis. 20, 180 N.W. 136 (1920).	72, 74f., 76f., 82, 83f.
Seeligson v. Philbrick 30 F. 600 (S.D. Florida 1886).	49
Sessa v. Riegler 427 F. Supp. 760 (E.D. Pa. 1977).	97
Shilling v. Campbell 38 Ill. App.2d 180, 186 N.E.2d 782 (1962).	81f.
Smith v. Sherwood 2 Tex. 460 (1847).	59f.
Southland Mobile Home Corp. v. Chyrchel 255 Ark. 366, 500 S.W.2d 778 (1973).	110
Sternheim v. Silver Bell of Roslyn, Inc. 66 Misc.2d 726, 321 N.Y.S.2d 965 (Civ. Ct. N.Y. 1971).	99
Tarling v. Baxter 6 B. & C. 360, 108 Eng. Rep. 484 (K.B. 1827).	49
Turner Looker Co. v. Hindman 298 Mo. 61, 250 S.W. 388 (1923) (aff'd 232 S.W. 1076 (Ct. App. 1921)).	79f.
Tweedle Bros., Inc. v. Berliner 226 Or. 509, 360 P.2d 557 (1961).	71, 84
Weathered v. Golden 34 S.W. 761 (Tex. Civ. App. 1896).	56
Westmoreland Coal Co. v. Syracuse Lighting Co. 159 A.D. 323, 145 N.Y.S. 420 (1913).	64, 72f.
Whately v. Tetrault 29 Mass. App. Dec. 112 (1964).	104
White Motor Corp. v. Bronx-Westchester White Trucks, Inc. 18 UCC Rep. 382 (N.Y. Sup. Ct. 1975).	107

William F. Wilke, Inc. v. Cummins Diesel Engines, Inc. 252 Md. 611, 250 A.2d 886 (1969).	93, 114
Wing v. Mid-Continent Seeds, Inc. 170 Kan. 242, 225 P.2d 78 (1950).	50, 52
Zabriskie Chevrolet, Inc. v. Smith 99 N.J. Super. 441, 240 A.2d 195 (L.Div. 1968).	114

GESETZESTEXTVERZEICHNIS: UNIFORM COMMERCIAL CODE UND UNIFORM SALES ACT.

Uniform Commercial Code (UCC) in der 1972er Fassung.

§§	Seite	Fußn.
1-201 (17) (Definition: "Fungible")	128	4
1-204 (2) (Definition: "Reasonable Time")	124	7
2-103 (1) (c) (Definition: "Receipt")	104	1
2-104 (1) (Definition: "Merchant")	106	7
2-106 (2) (Definition: "Conforming")	91	5
2-301 (Seller's Obligation)	128	6
2-311 (2) (Seller's Option)	100	5
2-319 (1) (a), (b) und (c); (2) (F.O.B. and F.A.S. Terms)	111	3 + 4
2-320 (1) (C.I.F. and C.&F. Terms)	111	5
2-322 (1) (Delivery "Ex-Ship")	111	6
2-501 (1) (a), (b) und (c) (Identification)	126	2 + 4
2-503 (1) (a) und (b) (Manner of Seller's Tender of Delivery)	127 109	3 3
2-509 (1) (a) (=Versendungskauf) und (b) (= Fernkauf) (Risk of Loss in the Absence of Breach)	96	1
2-509 (2) (a), (b) und (c) (Risk of Loss in the Absence of Breach)	102	1
2-509 (3) (Risk of Loss in the Absence of Breach)	106	1
2-509 (4) (Risk of Loss in the Absence of Breach)	110	4
2-510 (1), (2) und (3) (Effect of Breach on Risk of Loss)	112	4
2-704 (1) (a) (Seller's Right to Identify Goods to the Contract Notwithstanding Breach)	131	1
2-709 (1) (a) und (b) (Action for the Price)	91	1,2 + 3
7-102 (1) (a) (Definition: "Bailee")	102	5

Uniform Commercial Code in der 1952er Fassung.

§§	Seite	Fußn.
2-510 (3) (Effect of Breach on Risk of Loss)	115	3

Uniform Sales Act (USA).

§§	Seite	Fußn.
19 (Rules for Ascertaining Intention)	52	2
19 (rule 1)	52	3
19 (rule 2)	53	1
19 rule 4 (1)	54	1
19 rule 4 (2)	56	2
19 (rule 5)	56	4
22 (Risk of Loss)	50	2
22 (b) (Risk of Loss)	71	1
63 (1) (Action for the Price)	46	1
63 (3) (Action for the Price)	47	2

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS¹⁾

A.	Atlantic Reporter
A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.D.	Appellate Division Reports (New York)
aff'd	affiliated
Ala.	Alabama Reports
Ala.App.	Alabama Appellate Court Reports
A.L.I.	American Law Institute
All E.R.	All England Law Reports
A.L.R.2d	American Law Reports, Second Series
A.L.R.3d	American Law Reports, Third Series
Alt.	Alternative
Am.Bus.L.J.	American Business Law Journal
Am.Dec.	American Decisions
Am.Rep.	American Reports
Am.St.Rep.	American State Reports
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Ark.	Arkansas Reports
Ark.L.Rev.	Arkansas Law Review
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD BB	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	Betriebs-Berater
B. & C.	Barnewall & Cresswell
Bd.	Band
Bde.	Bände

1. Den Abkürzungen im amerikanischen Recht liegen Black's Law Dictionary, überarbeitete 4. Aufl. St. Paul, Minn. 1968, S. 1797 ff. (Abbreviations) und A Uniform System of Citation, published and distributed by The Harvard Law Review Association, 12. Aufl. 1976 zugrunde. Die Abkürzungen im deutschen Recht folgen Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl. Berlin 1968.

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
Boston U.L.Rev.	Boston University Law Review
BT	Deutscher Bundestag
Bus.L.Rev.	Business Law Review
bzw.	beziehungsweise
Cal.App.	California Appellate Reports
c. & f.	cost and freight
c.i.f.	cost insurance freight
C.J.	Chief Judge, Chief Justice
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
Com.L.J.	Commercial Law Journal
Conn.	Connecticut Reports
Conn.Cir.Ct.	Connecticut Circuit Court Reports
De Paul L.Rev.	De Paul Law Review
Diss.	Dissertation
D.L.R.	Dominion Law Reports (Canada)
DRspr	Deutsche Rechtsprechung
EKG	Einheitliches Kaufgesetz
Eng.Rep.	English Reports
F.	Federal Reporter
F.2d	Federal Reporter, Second Series
f.	folgende (Anmerkung, Fußnote, Randnummer oder Seite)
f.a.s.	free alongside ship
ff.	folgende (Anmerkungen, Fußnoten, Randnummern oder Seiten)
Fla.	Florida Reports
Fla.B.J.	Florida Bar Journal
f.o.b.	free on board
F. Supp.	Federal Supplement
Fußn.	Fußnote(n)
Ga.	Georgia Reports
Ga.App.	Georgia Appeals Reports

GruchBeitr.	Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
Halbs.	Halbsatz
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HGB	Handelsgesetzbuch
hl	Hektoliter
HöfeO	Höfeordnung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
Ill.	Illinois Reports
Ill.App.2d	Illinois Appellate Court Reports, Second Series
Ind.	Indiana Reports
Ind.App.	Indiana Appellate Court Reports
Ind.L.J.	Indiana Law Journal
Ind.L.Rev.	Indiana Law Review
insbes.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Judge, Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb.	Jherings Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas Reports
Kan.L.Rev.	Kansas Law Review
K.B.	King's Bench Division
Ky.L.J.	Kentucky Law Journal
La.Ann.	Louisiana Annual Reports
La.Law Review	Louisiana Law Review
lb.	pound
L. & Contemp. Prob.	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Lindenmaier-Möhring
L.R.	Law Reports
Mass.	Massachusetts Reports
Mass.App.Dec.	Massachusetts Appellate Decisions

Md.	Maryland Reports
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich.App.	Michigan Appeals Reports
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota Reports
Misc.2d	New York Miscellaneous Reports, Second Series
Mo.	Missouri Reports
Mo.App.	Missouri Appeal Reports
Mo.L.Rev.	Missouri Law Review
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
N.D.L.Rev.	North Dakota Law Review
N.E.	North Eastern Reporter
N.E.2d	North Eastern Reporter, Second Series
Neb.	Nebraska Reports
Nev.	Nevada Reports
N.J.L.	New Jersey Law Reports
N.J.Super.	New Jersey Superior Court Reports
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.M.	New Mexico Reports
Nr.	Nummer
N.W.	North Western Reporter
N.W.2d	North Western Reporter, Second Series
N.Y.	New York Reports
N.Y.2d	New York Reports, Second Series
N.Y.S.	West's New York Supplement
N.Y.S.2d	West's New York Supplement, Second Series
N.Y.State Law Revision Comm'n,	New York State Law Revision Commission
N.Y.Super.Ct.	New York Superior Court Reports
N.Y.U.L.Q.Rev.	New York University Law Quarterly Review
Ohio St.L.J.	Law Journal of Student Bar Association of Ohio State University
Okla.L.Rev.	Oklahoma Law Review
Or.	Oregon Reports
P.	Pacific Reporter
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
Pa.Dist.	Pennsylvania District Reports

Q.B.	Queen's Bench Division
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr(n).	Randnummer(n)
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
R.I.	Rhode Island Reports
RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft. Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters.
Rücks.	Rückseite
Rutgers L.Rev.	Rutgers Law Review.
RvgIHWB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
S.	Seite(n)
s.	siehe
Sask.Ct.App.	Saskatchewan Court of Appeal
S.E.	South Eastern Reporter
SGA, 1893	Sale of Goods Act von 1893
So.	Southern Reporter
So.2d	Southern Reporter, Second Series
S.W.	South Western Reporter
S.W.2d	South Western Reporter, Second Series
Tex.	Texas Reports
u.a.	und andere
überarb.	überarbeitet
UCC	Uniform Commercial Code
UCC Rep.	Uniform Commercial Code Reporting Service
U.Chl.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.C.L.A.L.Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U.L.A.	Uniform Laws Annotated
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	L'unification du droit
U.S.(Wall.)	United States Supreme Court Reports Wallace 1863-1874

USA	Uniform Sales Act
v.	versus
Va.	Virginia Reports
vgl.	vergleiche
WarnR	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts
Wash.App.	Washington Appellate Reports
Wis.	Wisconsin Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wyo.	Wyoming
Wyo.L.J.	Wyoming Law Journal
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
&	and
\$	dollar

ERSTER TEIL.

EINFÜHRUNG.

Unlängst hatte sich der BGH¹⁾ mit der Frage zu befassen, welche Auswirkungen es auf den Übergang der Preisgefahr hat, wenn der Warenkäufer seine Mitwirkungshandlung bei der an ihn gerichteten Lieferung nicht vornimmt und dadurch die Warenlieferung verzögert. In dieser Entscheidung ging die Vertragsstörung also vom Käufer aus. Auf diese Fallgestaltung konzentriert sich die folgende Darstellung. Nicht behandelt werden sollen also die Fälle, in denen sich der Verkäufer vertragswidrig verhält, indem er eine mit Sach- oder Rechtsmängeln behaftete Ware liefert. Wenn es der Käufer bei der an ihn gerichteten Lieferung an seiner Mitwirkung fehlen läßt, indem er beispielsweise die Ware nicht abholt, dann kommt er im deutschen Recht in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB). Mit Eintritt des Gläubigerverzugs (§§ 293 ff. BGB) geht die Preisgefahr nach § 324 II BGB auf den Käufer über. Demgegenüber ist dem nordamerikanischen Recht das Institut des Gläubigerverzugs fremd. Gleichwohl bildete sich im amerikanischen Common Law²⁾ schon früh eine spezielle Gefahrtragungsregel für den Fall heraus, daß das vertragswidrige Verhalten des Käufers den Untergang der Waren verursachte. Diese Spezialregel wurde in § 22 (b) USA (Risk of Loss) fortentwickelt und hielt Einzug in den aus rechtsvergleichender Arbeit hervorgegangenen modernen Kodifikationen des nationalen Uniform Commercial Code und des internationalen Einheitlichen Kaufgesetzes. Hingegen wurde auf dem europäischen Kontinent der Einfluß der Vertragsstörung durch den Käufer auf die Gefahrtragung nicht in der gebührenden Weise behandelt³⁾. Dieser Themenkomplex verdient es um so mehr, eingehend erörtert zu werden, als es sich hier um Zusammenhänge handelt, die beim Bemühen von UNCITRAL⁴⁾ um eine internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts eine Rolle spielen.

1. BGH WM 29 (1975), 917, 919 f.; vgl. unten S. 37 ff.
2. Siehe McConihe v. New York & E.R.R., 20 N.Y. 495, 497 f., 75 Am. Dec. 420, 422 (1859); vgl. unten S. 66 f. Siehe ferner Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331, 337 (1868); dazu vgl. unten S. 63 f.
3. So Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 319.
4. Zum Fortgang der Beratungen von UNCITRAL siehe Magnus, ZRP 11 (1978), 129 ff. m.w.Nachw. in Fußn. 14, 16 und 21; derselbe, NJW 30 (1977), 2000, 2001 m.w.Nachw. in Fußn. 12. Vgl. auch die abwartende Haltung der Bundesregierung gegenüber den Arbeiten von UNCITRAL in: Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S. 51.

Die aufgezeigte Problematik soll im folgenden im deutschen und nordamerikanischen Kaufrecht untersucht werden; dabei sollen die einzelnen Entwicklungsstadien vom Common Law über den Uniform Sales Act bis hin zum heutigen Uniform Commercial Code betrachtet werden. Abschließend gilt es, den Lösungsweg zu verfolgen, den das international Einheitliche Kaufgesetz eingeschlagen hat. Der einheitliche Lebenssachverhalt, dessen rechtliche Erfassung in den verschiedenen Rechtssystemen vergleichend analysiert werden soll und der als "archimedischer Punkt"¹⁾ dient, gestaltet sich wie folgt:

Der Verkäufer ist zur Lieferung vertragsgerechter Waren bereit. Die Lieferung verzögert sich jedoch, da der Käufer bei der Lieferung nicht mitwirkt, so daß der Verkäufer die Lieferung nicht erbringen kann. Die erforderliche Mitwirkungshandlung des Käufers kann sich darauf beschränken, die ihm angebotene Ware in Empfang zu nehmen. Sie geht darüber hinaus, wenn sich der Käufer bereit erklärt hat, Versendungsinstruktionen zu erteilen, bei Versendung gegen Vorauskasse zu zahlen, Transportmittel bereitzustellen oder Behälter und Verpackungsmaterial für die Waren zu beschaffen. Beim Gattungskauf kann hinzukommen, daß der Käufer bei der räumlichen Aussonderung der Sache aus der Gattung mitzuwirken hat. Bevor der Verkäufer in diesen Fällen die Lieferung durchführen kann, die sich mangels rechtzeitiger Mitwirkung des Käufers verzögert hat, geht die Ware durch Zufall unter oder verschlechtert sich. Es stellt sich die Frage, ob der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, obwohl er die Ware überhaupt nicht oder nur in verschlechtertem Zustand erhält.

Zur Lösung, die die einzelnen Rechtssysteme für den geschilderten Lebenssachverhalt bereithalten, sind Spezialregelungen der Gefahrtragung heranzuziehen. Die bei Vertragsstörung durch den Käufer geltenden Sonderbestimmungen der Gefahrtragung werden nur verständlich, wenn sie den allgemeinen Gefahrtragungsregeln gegenübergestellt werden. Daher ist es erforderlich, zunächst jeweils die generellen Gefahrtragungsvorschriften zu betrachten, bevor auf den Sonderfall der Vertragsstörung durch den Käufer eingegangen werden kann. Die allgemeinen Gefahrtragungsregelungen sind auf die ordnungsgemäße Durchführung des Kaufvertrages²⁾ zugeschnitten, bei der es nicht zu einer Vertragsstörung durch den Verkäufer oder Käufer kommt.

-
1. Siehe Leser in: Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 891, 901. Vgl. auch Rheinsteins, der hier vom "functional approach" spricht, in: Rheinsteins, Gesammelte Schriften, Bd. 1, hrsg. von Leser, Tübingen 1979, S. 239, 245 und S. 251, 254 ff.
 2. Zum Vertrag als Instrument zur Zweckerreichung siehe Leser, Der Rücktritt, S. 100 f.

Die Gefahrtragung im deutschen Kaufrecht wird vom Traditionsprinzip¹⁾ beherrscht, das die Gefahr mit der Übergabe (§ 446 I 1 BGB) auf den Käufer übergehen läßt. Entscheidend ist nicht die Eigentums-, sondern die Besitzverschaffung. Demgegenüber ging die Gefahr im amerikanischen Common Law und nach § 22 USA (Risk of Loss) mit dem Eigentum (property)²⁾ auf den Käufer über. Der Gefahrübergang vollzog sich in der Regel mit dem Abschluß³⁾ des Kaufvertrages, da das Eigentum im Zweifel nach § 19 (rule 1) USA (Rules for Ascertaining Intention) bei Vertragsschluß auf den Käufer überging. Im heutigen amerikanischen Kaufrecht hat sich die Gefahrtragung vom Eigentumsprinzip gelöst. Nach § 2-509 (3) UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) geht die Gefahr mit dem Verkäuferangebot (tender of delivery) oder mit der Empfangnahme (receipt) der Waren auf den Käufer über. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dem Verkäufer so lange die Gefahr aufzuerlegen, als er die Waren in seiner Obhut und unter seiner Kontrolle hat⁴⁾. Dieser Grundgedanke hat auch die Gefahrtragung im internationalen Einheitlichen Kaufgesetz beeinflusst⁵⁾. Nach Art. 97 I EKG (Zeitpunkt des Gefahrübergangs) geht die Gefahr mit der Lieferung über. Zu welchen Abweichungen von den Gefahrtragungsgrundsätzen die Verzögerung der Lieferung durch den Käufer führt, bildet den Gegenstand der folgenden Untersuchung.

1. Siehe Filios, S. 15 ff.; Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 310. Siehe auch Eisser, S. 8.
2. Zum Eigentum als Gefahrtragungsprinzip siehe Ficker in: Leser/v.Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 132 f.; Filios, S. 13 ff.; Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 293 ff.
3. Zum Gefahrübergang bei Vertragsschluß siehe Eisser, S. 7 f.; Filios, S. 11 f.; Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 308 f.
4. Siehe Official Comment, § 2-509 UCC Anm.3. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 303.
5. Siehe Rabel, RabelsZ 9 (1935), 339, 358; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, hrsg. von Leser, 1967, S. 522, 607.

Z W E I T E R T E I L .

·DIE GEFAHRTRAGUNG IM DEUTSCHEN KAUFRECHT.

ERSTER ABSCHNITT.

DER BEGRIFF DER GEFAHRTRAGUNG IM DEUTSCHEN RECHT.

Der Begriff der "Gefahr" geht davon aus, daß im Vermögen eines Rechtssubjekts ein Schaden eintreten kann¹⁾. Ob von Gefahrtragung begrifflich nur dann die Rede sein kann, wenn der Schadenseintritt auf Z u f ä l l beruht, ist umstritten²⁾. Im folgenden soll "Gefahrtragung" so verstanden werden, daß weder der Verkäufer noch der Käufer den Schadenseintritt zu vertreten haben. Der Untergang der Ware wird durch ein z u f ä l l i g e s Ereignis ausgelöst. Die Gefahrtragung gliedert sich in das "periculum rei"³⁾ als Sachgefahr und in das "periculum obligationis"⁴⁾ als Gefahr im Rahmen eines Schuldverhältnisses.

A. PERICULUM REI.

Die Sachgefahr bezieht sich auf das Vermögen einer Person unabhängig vom Bestehen eines Schuldverhältnisses⁵⁾. Träger der Sachgefahr ist der dinglich Berechtigte, was gemeinhin mit dem Satz "casum sentit dominus"⁶⁾ zum Ausdruck gebracht wird. Der Eigentümer verliert durch den Untergang der Sache sein daran bestehendes dingliches Recht.

B. PERICULUM OBLIGATIONIS.

Von der Sachgefahr zu trennen ist die Gefahr im Rahmen eines Schuldverhältnisses⁷⁾. Voraussetzung ist, daß ein wirksames Schuldverhältnis besteht und daß

1. So Filios, S. 1 insbes. Fußn. 1.

2. Siehe dazu Dreher, S. 1 ff., der sich gegen eine begriffliche Einengung der Gefahrtragung auf zufällige Ereignisse ausspricht.

3. Siehe Dreher, S. 6.

4. Siehe Filios, S. 3 insbes. Fußn. 15.

5. Siehe Fikentscher, § 67 I 2, S. 360; Filios, S. 2.

6. von Staudinger/Weber, Einleitung K 75 vor § 241 BGB: Dieser Satz sei zwar im BGB nicht a u s d r ü c k l i c h festgelegt, wohl aber als Grundsatz im BGB verwirklicht. Fikentscher, § 67 II, S. 360, sieht seine Grundlage in § 903 BGB.

7. Siehe Brox, JuS 15 (1975), 1.

das Schuldverhältnis noch nicht vollständig erfüllt worden ist¹⁾. Beim Kauf als einem gegenseitigen Vertrag ist zwischen Leistungs- und Gegenleistungsgefahr zu unterscheiden²⁾. Die Leistungsgefahr beantwortet die Frage, ob der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei wird, wenn die Ware nach Abschluß und vor Erfüllung des Vertrages untergeht³⁾.

Demgegenüber stellt sich bei der Preisgefahr - auch Vergütungs- oder Gegenleistungsgefahr genannt - die Frage, ob der Käufer trotz Untergangs des Kaufgegenstandes zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt⁴⁾. Hat der Käufer bereits vor dem Untergang den Kaufpreis entrichtet, so ist fraglich, ob ihm ein Rückzahlungsanspruch gegen den Verkäufer zusteht. Solange der Verkäufer die Preisgefahr trägt, erleidet er den wirtschaftlichen Verlust, der sich aus dem Untergang der Ware ergibt. Der Übergang der Preisgefahr auf den Käufer setzt zugleich voraus, daß der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei geworden ist⁵⁾. Sobald die Preisgefahr auf den Käufer übergegangen ist, behält der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch, wenn die geschuldete Ware nunmehr durch Zufall untergeht. Für den Käufer bedeutet das, daß er die Gefahr trägt, den Kaufpreis zahlen zu müssen, ohne die Ware zu erhalten. Mit dem Gefahrübergang geht der wirtschaftliche Verlust, der aus dem Untergang der Ware resultiert, auf den Käufer über⁶⁾.

1. Siehe Filios, S. 3 insbes. Fußn. 18 f.
2. Zur Gefahrtragung im Rahmen des Synallagmas siehe Filios, S. 5 ff. Siehe auch Eisner, S. 3 f.
3. Zum Begriff der Leistungsgefahr siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 22 V 1, S. 249 f.; Fikentscher, § 67 III, S. 360 f.; Larenz, Bd. 1, § 21 I b, S. 251 f.
4. Siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 22 VII, S. 252 f.; Fikentscher, § 67 IV, S. 362 ff.
5. Siehe Bachmann, S. 22; Vathis, S. 29; Westermann, JA 10 (1978), 481 f.
6. Siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 22 VII, S. 252; Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 80.

ZWEITER ABSCHNITT.

DIE PREISGEFAHR OHNE VERZUG DES KÄUFERS.

A. DIE PREISGEFAHR BEIM SPEZIESKAUF.

1. Der allgemein schuldrechtliche Gefahrtragungsgrundsatz des § 323 BGB.

Der Verkäufer hat gegen den Käufer einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nach § 433 II BGB. Wenn der Verkäufer wegen Unmöglichkeit nach § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht (§ 433 I 1 BGB) frei geworden ist, dann entspricht es dem Synallagma des Kaufvertrages, daß auch der Käufer seine Gegenleistung (§ 433 II BGB) nicht mehr zu erbringen braucht¹⁾. Nach § 323 I BGB wird der Käufer von seiner Pflicht zur Gegenleistung befreit, wenn die Waren durch Zufall untergegangen sind²⁾. Danach trägt grundsätzlich der Verkäufer so lange die Preisgefahr, bis er seine eigene Leistung vollständig erbracht hat. § 323 I BGB belastet den Verkäufer mit der Gefahr, den Kaufpreisanspruch dadurch einzubüßen, daß ihm die Erfüllung seiner Verkäuferpflicht nach dem Abschluß des Kaufvertrages durch Zufall unmöglich wird³⁾.

II. Die kaufrechtlichen Spezialregelungen der Preisgefahr.

Die allgemein schuldrechtliche Gefahrtragungsvorschrift des § 323 I BGB, nach der der Schuldner bis zur Erfüllung seiner Leistungspflicht die Preisgefahr trägt, wird im Kaufrecht durch die speziellen Gefahrtragungsregeln der §§ 446, 447 BGB überlagert. Diese Sonderregelungen lassen die Preis-

1. Zum Synallagma als Gefahrtragungsprinzip siehe Filios, S. 8 ff. Siehe auch Larenz, Bd. 2, § 42 II, S. 79; Wolf, Bd. 1, § 9 F IV 2, S. 471; Brox, JuS 15 (1975), 1, 3.
2. Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 22 VII 1, S. 252 bezeichnen das als "paritätische Lastenverteilung".
3. Siehe Larenz, Bd. 1, § 21 I b, S. 253.

gefahr bereits auf den Käufer übergehen, noch bevor der Verkäufer seine Leistung voll erbracht hat (§ 362 I BGB)¹⁾. Während § 446 I 1 BGB die Preisgefahr bei Hol- und Bringschulden regelt, erfaßt § 447 I BGB die Gefahrtragung beim Versandungskauf.

1. Der Gefahrübergang bei Übergabe (§ 446 I 1 BGB).

Der Verkäufer trägt nach § 446 I 1 BGB die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung²⁾ bis zum Zeitpunkt der Übergabe und nicht wie nach § 323 I BGB bis zur Erfüllung seiner Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) durch Besitzverschaffung und Übereignung³⁾. In § 446 I 1 BGB hat das Traditionsprinzip seine Verwirklichung gefunden⁴⁾; danach geht die Preisgefahr mit der körperlichen Übergabe der Ware unabhängig von der Eigentumsverschaffung auf den Käufer über⁵⁾.

Zum einen findet das Traditionsprinzip seine Rechtfertigung darin, daß mit der Übergabe die Sache in den Macht- und Kontrollbereich des Käufers überwechselt und daß damit der Verkäufer seine Hauptpflicht erfüllt hat, der im Verkehr besondere Bedeutung zukommt⁶⁾. Da grundsätzlich jeder den Zufall zu tragen hat, der sich in seinem Herrschaftsbereich ereignet, steht der Käufer mit der Besitzerlangung dem Verlust näher als der Verkäufer. Wenn der Verlust überhaupt zu vermeiden ist, so befindet sich der Käufer in der günstigeren Lage, Schutzvorkehrungen gegen den Untergang zu treffen und die Waren zu versichern.

Zum anderen basiert das Traditionsprinzip auf Erwägungen, die mit dem vorangehenden Gedanken in innerem Zusammenhang stehen: Vom Zeitpunkt der Übergabe

1. Siehe Esser-Weyers, Bd. 2, Teilbd. 1, § 8 III, S. 100; Fikentscher, § 44 III 1 f, S. 205 f. und § 67 IV, S. 362 ff.; Larenz, Bd. 2, § 42 II, S. 79; Westermann, JA 10 (1978), 481, 482 m. w. Nachw.
2. Zum Umfang der Gefahr siehe Filios, S. 55 ff.; Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 82 insbes. Fußn. 3 m.w.Nachw.; Schubert, S. 42.
3. Siehe Wolf, Bd. 2, § 11 B II b, S. 16.
4. Siehe Eisser, S. 8; Filios, S. 15; zur geschichtlichen Wurzel siehe Egli, S. 50, insbes. Fußn. 1 f.
5. Siehe Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 80 insbes. Fußn. 1 m.w.Nachw.
6. Siehe Fikentscher, § 67 IV 2, S. 362; Filios, S. 16 insbes. Fußn. 27 f. m.w.Nachw. Siehe auch Lüderitz in Studienkommentar, § 446 BGB Anm. 1 a.

an ist der Käufer gegenüber dem Verkäufer zum Besitz und zur Nutzung der Sache berechtigt, auch wenn das Eigentum noch nicht auf ihn übergegangen ist. Der mit dem Kaufvertrag erstrebte wirtschaftliche Erfolg ist mit der Übergabe im wesentlichen eingetreten. Daraus rechtfertigt sich, dem Käufer neben den Nutzungen (§ 100 BGB) auch die Lasten (§ 103 BGB) aufzuerlegen (§ 446 I 2 BGB). Daher kann dem Käufer auch die Gefahrtragung zugemutet werden¹⁾. Der Gefahrübergang stellt sich somit als Folge der wirtschaftlichen Verschiebung dar, die mit der Besitzerlangung des Käufers einhergeht²⁾.

a. Das Erfordernis der Übergabe.

Die Preisgefahr geht nach § 446 I 1 BGB zum Zeitpunkt der Übergabe unabhängig von der Eigentumsverschaffung auf den Käufer über³⁾. Die Übergabe ist die Verschaffung unmittelbaren Besitzes (§ 854 BGB). Der Verkäufer muß die Übergabe im Hinblick auf seine Lieferpflicht aus § 433 I 1 BGB vornehmen. Häufig wird die Übergabe der Waren mit der Übereignung nach § 929, 1 BGB zusammenfallen. In diesem Fall hat der Verkäufer seine Eigentums- und Besitzverschaffungspflicht aus § 433 I 1 BGB erfüllt. Wenn nunmehr die Waren *n a c h* Erfüllung (§ 362 I BGB) untergehen, dann bleibt der Kaufpreisanspruch unberührt, so daß sich die Frage nach der Preisgefahr nicht mehr stellt⁴⁾. Erfolgt die Übereignung nach § 929, 1 BGB jedoch wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 455 BGB) unter einer aufschiebenden Bedingung, so tritt noch keine Erfüllung (§ 362 I BGB) der Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) ein. In diesem Fall gelangt § 446 I 1 BGB zur Anwendung, d.h. die Preisgefahr geht mit der Übergabe auf den Käufer über⁵⁾.

b. Die Übergabesurrogate.

Erfolgt die Übereignung der Waren nach §§ 930 oder 931 BGB, so kommt es nicht zur körperlichen Übergabe an den Käufer. Ob sich die Parteien im Kaufvertrag darauf geeinigt haben, daß mit der Verschaffung des Eigentums und des mittelbaren Besitzes die Erfüllung der Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) eintreten

1. Siehe Westermann, JA 10 (1978), 481, 484.

2. Siehe Filios, S. 16 f. m.w.Nachw.; Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 80 f.

3. Siehe Filios, S. 26 insbes. Fußn. 7 m.w.Nachw.

4. So Rikentscher, § 67 IV 2, S. 363; Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 81; Brox, JuS 15 (1975), 1,4.

5. Siehe Fikentscher, § 8 III 2a, S. 101; Schubert, S. 43; Weimar, MDR 26 (1972), 300.

soll, ist Auslegungsfrage. Abzustellen ist auf den vernünftigen Sinn des Kaufvertrages und auf das, was vernünftige Parteien unter den gegebenen Umständen typischerweise als vereinbart erachten (§ 157 BGB). Gelangt die Auslegung zum Ergebnis, daß mit der Verschaffung bloß mittelbaren Besitzes noch keine Erfüllung (§ 362 I BGB) eingetreten ist, so findet § 446 I 1 BGB Anwendung. Fraglich ist, ob es für die Übergabe im Sinne des § 446 I 1 BGB ausreicht, daß die Parteien ein Besitzkonstitut (§ 868 BGB) vereinbaren oder daß der Verkäufer seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer an den Käufer abtritt (§ 870 BGB). Wenn der Käufer durch die Erlangung des mittelbaren Besitzes in die Lage versetzt wird, den Kaufgegenstand zu nutzen, so steht er dem Käufer gleich, der durch die körperliche Übergabe die Nutzungsmöglichkeit erlangt und anschließend die Waren dem Verkäufer oder einem Dritten zum Gebrauch überläßt. In diesem Fall ist zumindest eine analoge Anwendung des § 446 I 1 BGB zu bejahen¹⁾. Wenn jedoch der Käufer trotz mittelbaren Besitzes keine Nutzungsmöglichkeit erlangt, sondern diese weiterhin dem Verkäufer verbleibt, dann fehlt es an einem wirtschaftlichen Übergang, der die Übertragung der Preisgefahr nach § 446 I 1 BGB rechtfertigen könnte²⁾.

2. Die Gefahrtragung beim Versandungskauf (§ 447 I BGB).

Während in § 446 I 1 BGB die Preisgefahr zum Zeitpunkt der Übergabe auf den Käufer übergeht, verlegt § 447 I BGB den Zeitpunkt des Gefahrübergangs weiter vor³⁾. Bereits mit der Auslieferung der Ware an die Transportperson geht nach § 447 I BGB die Preisgefahr auf den Käufer über. Voraussetzung ist, daß

1. So Brox, JuS 15 (1975), 1,4 insbes. Fußn. 16 m.w.Nachw.; Westermann, JA 10 (1978), 481, 484. Siehe auch Egli, S. 51 f.; Schubert, S. 43.
2. Siehe Fillos, S. 63 ff. (Besitzkonstitut) und S. 69 ff. (Abtretung des Herausgabeanspruchs). Siehe auch Fikentscher, § 67 IV 2, S. 362; Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 81 insbes. Fußn. 2 m.w.Nachw.
3. Siehe Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 85; Schubert, S. 45; Brox, JuS 15 (1975), 1, 6.

die Versendung auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort erfolgt.

a. Die ratio legis.

Beim Versendungskauf hat sich der Verkäufer verpflichtet, an seinem Wohnsitz zu leisten; er ist nicht zur Lieferung am Wohnsitz des Käufers verpflichtet. Die Versendung erfolgt vielmehr auf Verlangen des Käufers¹⁾ und geschieht in seinem Interesse. Dann muß der Käufer aber auch die Gefahr tragen, die sich aus der Versendung ergibt²⁾. Das Risiko wird durch die Versendung erhöht. Der Leistungserfolg tritt erst ein, wenn die Ware beim Käufer eingeht. Der Verkäufer kann aber das durch den Transport gesteigerte Risiko nur noch in begrenztem Umfang beherrschen, insbesondere wenn eine unabhängige Transportperson den Versand durchführt. Daher darf dem Verkäufer das Transportrisiko auch nicht aufgebürdet werden.

b. Der Erfüllungsort.

Die Versendung muß an einen anderen Ort als den Erfüllungsort erfolgen. Erfüllungsort im Sinne des § 447 I BGB ist der Leistungsort, an dem der Verkäufer seine Leistungshandlung vorzunehmen hat³⁾. Haben die Parteien keine Vereinbarung getroffen und ergibt sich nichts aus den Umständen, so ist der Wohnsitz des Verkäufers der Leistungsort (§ 269 I BGB). Beim Versendungskauf übernimmt der Verkäufer die Nebenpflicht, für die Versendung der Ware an den vom Käufer gewünschten Ort Sorge zu tragen⁴⁾. Verpflichtet er sich, die Ware dem Käufer zu überbringen und am Wohnsitz des Käufers abschließend tätig zu werden, so handelt es sich um eine Bringschuld. Dann gilt § 446 I 1 BGB und nicht § 447 I BGB, der nur bei Schickschulden Anwendung findet⁵⁾.

1. Siehe Dreher, S. 28 f.; Fikentscher, § 67 IV 4 K, S. 365; Schubert, S. 46; Brox, JuS 15 (1975), 1, 7.
2. Siehe Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 84; Brox, JuS 15 (1975), 1, 6.
3. Siehe Dreher, S. 19 ff.; Fischer, S. 15 ff.; Schubert, S. 45; Brox, JuS 15 (1975), 1, 6.
4. Siehe BGH MDR 32 (1978), 492. Siehe auch Fischer, S. 20 f.
5. Siehe Esser-Weyers, Bd. 2, Teilbd. 1, § 8 III 3 a, S. 103; Fikentscher, § 35 III 3 b, S. 144 f. und § 67 IV 4 a, S. 363; Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 84; Palandt-Putzo, § 447 Anm. 4; Wolf, Bd. 2, § 11 B III b, S. 17; Westermann, JA 10 (1978), 551, 552.

c. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

Die Gefahr geht mit der Auslieferung der Ware an die Transportperson auf den Käufer über. Der Verkäufer muß mit der Auslieferung seine Leistungshandlung erbracht haben, so daß die Ablieferung beim Käufer ohne weiteres Zutun des Verkäufers erfolgen kann. Unter der Auslieferung ist die Gesamtheit der tatsächlichen und rechtlichen Vorkehrungen zu verstehen, die erforderlich sind, um den Transport und die Ablieferung der Ware beim Käufer herbeizuführen¹⁾.

d. Der Umfang der Gefahr.

Die überwiegende Meinung²⁾ beschränkt den Gefahrübergang in § 447 I BGB auf die Transportgefahr. Danach trägt der Käufer nur dann die Preisgefahr, wenn der zufällige Untergang durch die Versendung adäquat verursacht ist, d.h., es muß sich um einen typischen Transportschaden handeln. Diese Einschränkung des Gefahrbegriffs durch die h.M. folgt weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck des § 447 I BGB³⁾.

Nach anderer Ansicht⁴⁾ wird von § 447 I BGB jede auf dem Transport eintretende Unmöglichkeit erfaßt, also beispielsweise auch eine Beschlagnahme. Denn der Grund für den früheren Gefahrübergang in § 447 I BGB ist nicht allein die erhöhte Gefährdung der Sache gerade durch ihren Transport, sondern auch die zeitliche Hinausschiebung des Leistungserfolges durch die vom Käufer gewünschte Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort⁵⁾. Daher muß der Käufer auch dann die Preisgefahr tragen, wenn die Leistung des Verkäufers infolge dieser zeitlichen Hinausschiebung nunmehr, also nach der Absendung, auf andere Weise als durch den Untergang der Sache auf dem Transport unmöglich

-
1. Siehe Dreher, S. 29 f. FuBn. 77 ff. m.w.Nachw.; Fikentscher, § 67 IV 4 e, S. 364; Fischer, S. 32 m.w.Nachw. in FuBn. 53; Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 84; Schubert, S. 46 f.; Westermann, JA 10 (1978), 551, 553.
 2. So RGZ 106, 16, 17; ebenso Fikentscher, § 67 IV 4 i, S. 365; ferner Fischer, S. 24 m.w.Nachw. in FuBn. 31; Palandt/Putzo, § 447 BGB Anm. 6; Schubert, S. 47; weitere Nachw. bei Brox, JuS 15 (1975), 1, 7 FuBn. 34. A.A. Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 84, jedoch m.w.Nachw. zur h.M. in FuBn. 3.
 3. Ebenso Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 84 f.
 4. So Esser-Weyers, Bd. 2, Teilbd. 1, § 8 III 3 d, S. 105; Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 85 m.w.Nachw. in FuBn. 1. Siehe auch Brox, JuS 15 (1975), 1, 7 FuBn. 36 m.w.Nachw.
 5. Ebenso Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S.85; in diesem Sinne auch Esser/Weyers, § 8 III 3 d, S.105: Eine Funktion der Gefahrtragungsregel liege darin, das Risiko unter den Parteien zeitlich aufzuteilen.

wird, also beispielsweise durch eine Beschlagnahme¹⁾. Wenn eine Beschlagnahme die Kaufsache gerade deshalb trifft, weil sie infolge einer Transportverzögerung noch nicht im Besitz des Käufers ist, dann trägt der Käufer nach § 447 I BGB die Preisgefahr²⁾. Im Ergebnis besteht zwischen der h.M. und der Mindermeinung allerdings kein großer Unterschied³⁾, da es nach h.M. ausreicht, daß der Transport für den Verlust mit ursächlich⁴⁾ geworden ist.

B. DIE PREISGEFAHR BEIM GATTUNGSKAUF.

1. Der Begriff des Gattungskaufs.

Beim Spezieskauf ist der Kaufgegenstand bei Vertragsschluß individuell bestimmt. Demgegenüber ist die Ware beim Gattungskauf nur gattungsmäßig und nach Zahl, Menge oder Gewicht bestimmt. Im Vergleich zum Spezieskauf ist der Kaufgegenstand relativ unbestimmt⁵⁾. Der Gattungsverkäufer ist nach § 243 I BGB verpflichtet, einen Kaufgegenstand von mittlerer Art und Güte zu liefern. Die gelieferten Stücke müssen dem Durchschnitt der Gattung entsprechen⁶⁾.

Ist der Gattungskauf ein Handelskauf (§ 343 I HGB), so ist der Verkäufer nach § 360 HGB zur Lieferung von Handelsgut mittlerer Art und Güte verpflichtet. Es muß sich dabei um Ware handeln, wie sie im Handelsverkehr am Erfül-

1. So Larenz, Bd. 2, § 42 II c, S. 85 m.w.Nachw. in Fußn. 1.

2. So Esser/Weyers, § 8 III 3 d, S. 105.

3. So zu Recht Brox, JuS 15 (1975), 1, 7.

4. Siehe Palandt/Putzo, § 447 BGB Anm. 6.

5. So Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 126. Siehe auch Bachmann, S. 5; a.A. Wolf, Bd. 1, § 4 C II a, S. 141 insbes. Fußn. 25.

6. Siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 12 I 2.1, S. 128; Fikentscher, § 28 III 1, S. 128; Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 127.

lungsort üblich ist¹⁾. Auch beim einseitigen Handelskauf (§ 345 HGB) findet § 360 HGB Anwendung, wenn der Verkäufer Kaufmann (§ 1 I HGB) ist.

Die Vorrats- oder sogenannte beschränkte Gattungsschuld bildet einen Sonderfall der Gattungsschuld²⁾. Der Verkäufer verpflichtet sich zur Lieferung einer Anzahl von Stücken oder einer gewichtsmäßig bestimmten Menge aus einem näher bezeichneten Vorrat³⁾. Ob im Kaufvertrag eine Gattungsschuld oder eine Vorratsschuld vereinbart ist, ist Auslegungsfrage (§ 157 BGB)⁴⁾.

11. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs.

§ 243 II BGB regelt die Konkretisierung⁵⁾ der Gattungsschuld. Mit der Konkretisierung verwandelt sich der Gattungskauf in einen Stückkauf. Der Verkäufer schuldet nur noch den individualisierten Kaufgegenstand und nicht mehr irgendein Stück aus der Gattung⁶⁾. Die Konkretisierung ist Voraussetzung für den Gefahrübergang beim Gattungskauf. Ein Gefahrübergang ist nur hinsichtlich individualisierter Waren möglich, die zur Erfüllung des Vertrages bestimmt sind⁷⁾. Vor der Konkretisierung fehlt es an einem Bezugsobjekt für den Gefahrübergang⁸⁾.

1. Siehe Baumbach-Duden, § 360 HGB Anm. 2 A.

2. So Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 129; ebenso Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 12 I 1, S. 127 f. Siehe auch Bachmann, S. 7 f.; a.A. Wolf, Bd. 1, § 4 C II f, S. 144.

3. Zur Abgrenzung des vorratsbezogenen vom "marktbezogenen" Gattungskauf siehe Ballerstedt in: Festschrift für Nipperdey, 1955, S. 261, 265.

4. Siehe Larenz, Band 1, § 11 I, S. 130.

5. Die Konkretisierung wird auch als Spezialisierung, Individualisierung oder Konzentration bezeichnet. Siehe aber Wolf, Bd. 1, § 4 C II h, S. 146.

6. Siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 12 I 2.3, S. 130; Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 127 f.

7. So Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 311; ebenso Lagergren, S. 138 f. A.A. Medicus, JuS 6 (1966), 297, 301: Der Gefahrübergang setze nicht die Umwandlung der Gattungs- in eine Stückschuld voraus. Diese Ansicht vertritt Medicus im Zusammenhang mit der Frage, ob die Konkretisierung nicht nur für, sondern auch endgültig gegen den Schuldner wirkt. Medicus leugnet nicht schlechthin die Erforderlichkeit der Konkretisierung für den Gefahrübergang, sondern stellt die Bindung des Verkäufers an die von ihm vorgenommene Konkretisierung in Frage.

8. Siehe Cuno, S. 20; Esser, S. 9; Filios, S. 41; Vathis, S. 38 FuBn. 55 m.w.Nachw.; Vogt, S. 122.

1. Der Übergang der Leistungsgefahr.

Beim Gattungskauf geht die Leistungsgefahr nach § 275 BGB mit der Konkretisierung (§ 243 II BGB) auf den Käufer über¹⁾. Vor der Konkretisierung hat der Verkäufer nach § 279 BGB sein Unvermögen zur Beschaffung der Kaufsache aus der Gattung zu vertreten²⁾.

2. Der Übergang der Preisgefahr.

Aus zweifachem Grunde setzt der Übergang der Preisgefahr die Konkretisierung voraus³⁾. Zum einen stellt sich das Problem der Preisgefahr überhaupt nur, wenn der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei geworden ist (§ 275 BGB). Die Leistungsgefahr geht beim Gattungskauf (§ 279 BGB) erst mit der Konkretisierung (§ 243 II BGB) auf den Käufer über. Vom Zeitpunkt der Konkretisierung stellt sich die Frage nach der Preisgefahr⁴⁾. Zum anderen bedarf die Preisgefahr eines Bezugsobjekts in Gestalt der Ware. Vor der Konkretisierung ist die Kaufsache nur gattungsmäßig bestimmt und somit relativ unbestimmt.

Anders als bei der Leistungsgefahr genügt jedoch nicht die Konkretisierung allein, den Übergang der Preisgefahr zu bewirken⁵⁾. Vielmehr müssen außerdem die Voraussetzungen für den Gefahrübergang beim Spezieskauf (§§ 446 I 1, 447 I BGB) erfüllt sein. Für den Übergang der Preisgefahr ist die Konkretisierung nur eine unter weiteren Voraussetzungen.

1. Siehe Eisser, S. 3; Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 12 I 2.3, S. 130; Fikentscher, § 67 III 2, S. 361; Schubert, S. 43; Brox, JuS 15 (1975), 1,2; Hönn, AcP 177 (1977), 385, 388 insbes. Fußn. 12 m.w.Nachw.; Medicus, JuS 6 (1966), 297, 298; Westermann, JA 10 (1978), 481, 483.
2. Siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 22 V 2, S. 250 f.; Fikentscher, § 28 III 3, S. 130 f.; Larenz, Bd. 1, § 21 I d, S. 259 ff.; Reinecke, S. 27 ff.; Wolf, Bd. 1, § 9 E III d 2, S. 451 ff.; Brox, JuS 15 (1975), 1,2.
3. Siehe Dreher, S. 44 f.; Larenz, Bd. 2, § 42 II a, S. 82; Vathis, S. 29 und 38. Siehe auch Palandt-Putzo, § 447 BGB Anm. 5.
4. So v. Staudinger-Weber, § 243 BGB Anm. 78.
5. Siehe Fikentscher, § 28 III 2 a, S. 129 .

III. Die Voraussetzungen der Konkretisierung (§ 243 II BGB).

1. Das gemeine Recht.

Unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zeitpunkt beim Gattungskauf die Konkretisierung erfolgte, war im gemeinen Recht umstritten¹⁾. Das Problem der Konkretisierung stellte sich im gemeinen Recht im Zusammenhang mit der Preisgefahr²⁾. Zwei Meinungen standen sich gegenüber: Die im gemeinen Recht herrschende³⁾, von Thöl⁴⁾ aufgestellte Ausscheidungstheorie einerseits und die von Jhering⁵⁾ konzipierte Lieferungs- oder Erfüllungstheorie andererseits.

Die Ausscheidungstheorie verlangte, daß die Ware aus der Gattung körperlich ausgeschieden wurde. Der bloße Entschluß des Verkäufers zur Ausscheidung genügte nicht. Die Ausscheidung konnte auch in Abwesenheit des Käufers vorgenommen werden. Der Verkäufer mußte dem Käufer die Ausscheidung anzeigen und in der Anzeige die Kaufsache näher bezeichnen. Dadurch sollte dem Käufer ermöglicht werden, seine Gedanken auf die ausgeschiedene Spezies zu richten. Die Ausscheidung verlangte Zweiseitigkeit in dem Sinne, daß die Parteien über das ausgeschiedene Stück einig waren⁶⁾.

Nach der Lieferungstheorie bewirkte nicht bereits die körperliche Ausscheidung die Konkretisierung. Die Ausscheidung der Waren aus der Gattung war nur eine faktische Vorbereitung der Leistung⁷⁾. Die Konkretisierung erfolgte erst, wenn sie spätestens geschehen mußte, nämlich mit der Erfüllung. Erst dann hatte der Verkäufer alles getan, wozu er vertraglich verpflichtet war. Bei Hol- und Bringschulden hatte der Verkäufer alles getan, wenn er dem Käufer die Kaufsache übergeben hatte. Bei Versendung hatte der Verkäufer bereits mit der Aushändigung der Waren an die Versandperson alles getan.

1. Siehe Cuno, S. 9 ff.

2. Siehe Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 329 Fußn. 6 m.w.Nachw.

3. So Bachmann, S. 13 insbes. Fußn. 47 ff. m.w.Nachw.

4. Thöl, §§ 262 ff., S. 849 ff.

5. Jhering, JherJb. 4 (1861), 366, 367 ff. weist an einem praktischen Fall die Unhaltbarkeit der Ausscheidungstheorie nach.

6. Siehe Thöl, § 264, S. 865 insbes. Fußn. 17.

7. Siehe Jhering, JherJb. 4 (1861), 366, 418.

2. Die Konkretisierung nach § 243 II BGB.

Hat der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan, so tritt nach § 243 II BGB die Konkretisierung ein. Dabei ist zwischen Hol-, Bring- und Schickschuld¹⁾ zu unterscheiden.

a. Die Konkretisierung bei Hol- und Bringschuld.

Ob es zur Konkretisierung (§ 243 II BGB) bei Hol- und Bringschuld nur eines einseitigen Akts oder aber der Lieferung im Sinne eines zweiseitigen Vorgangs bedarf, ist umstritten.

aa. Die Konkretisierung als einseitiger Akt.

Nach überwiegender Literaturmeinung²⁾ tritt die Konkretisierung bereits dann ein, wenn der Verkäufer dem Käufer die ausgesonderte Ware so anbietet, daß es nur noch am Käufer liegt, ob er sie annimmt oder nicht. Die Konkretisierung vollzieht sich als einseitiger Akt des Verkäufers, zu dem es der Mitwirkung des Käufers nicht bedarf. Bei der Holschuld genügt es, daß der Verkäufer die ausgesonderte Ware bereitstellt und den Käufer davon benachrichtigt. Bei der Bringschuld muß der Verkäufer die ausgesonderte Ware am Wohnort des Käufers oder an einem sonstigen Leistungsort tatsächlich anbieten.

Die überwiegende Literaturmeinung stützt sich auf die Entscheidung RGZ 57,402, der ein Gattungskauf über Briketts zugrundelag. Der Käufer sollte die Briketts bis Ende März abrufen. Obwohl der Verkäufer am 10. März den Käufer um rechtzeitige Abnahmeverfügung ersuchte, war ein bedeutender Rest am 1. April noch nicht abgerufen worden. Dieser Rest wurde im Juni durch einen Brand im Brikettlager des Verkäufers vernichtet. Der Verkäufer klagte auf "Schadensersatz" und beanspruchte Zahlung des Kaufpreises für die untergegangenen Bri-

1. Zum Begriff der Hol-, Bring- und Schickschuld siehe Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 15 I, S. 155 ff.; Fikentscher, § 35 II und III, S. 140 ff.; Larenz, Bd. 1, § 14 IV a und b, S. 160 ff.; Wolf, Bd. 1, § 5 B, S. 285 ff.
2. So Palandt-Heinrichs, § 243 BGB Anm. 3; v. Staudinger-Weber, § 243 BGB Anm. 40; Medicus, JuS 6 (1966), 297 Fußn. 3, 302 Fußn. 30 m.w.Nachw. Vgl. auch Hönn, AcP 177 (1977), 385, 388 f.; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327 Fußn. 2 m.w.Nachw.

ketts. Nach Ansicht des Reichsgerichts trug der Verkäufer nach § 279 BGB die Leistungsgefahr, es sei denn, daß nach § 243 II BGB eine Konkretisierung erfolgt sei. Ob die Preisgefahr mit dem Annahmeverzug des Käufers auf diesen übergegangen sei, beurteile sich nach § 300 II BGB. Danach sei Voraussetzung, daß der Käufer die ihm angebotene Sache nicht angenommen habe. Das Angebot des Verkäufers brauche nicht tatsächlich zu erfolgen, sondern nach § 295 BGB genüge ein wörtliches Angebot. Der Verkäufer habe nach §§ 243 II, 300 II BGB nur dann das zur Leistung Erforderliche getan, wenn er die ausgeschiedene Sache als solche dem Gläubiger angeboten und diesen dadurch in die Lage versetzt habe, sich über die Annahme oder Nichtannahme der Sache schlüssig zu werden¹⁾. In der Aufforderung des Verkäufers an den Käufer vom 10. März, eine Abnahmeverfügung zu erteilen, könne kein derartiges Angebot gesehen werden. Der Verkäufer bleibe daher nach § 279 BGB zur Leistung verpflichtet, und die Preisgefahr sei nicht nach § 300 II BGB auf den Käufer übergegangen. Ob der Verkäufer das seinerseits Erforderliche getan hatte, erörterte das Reichsgericht im Hinblick auf den Annahmeverzug (§§ 295, 300 II BGB) und nicht unmittelbar im Hinblick auf § 243 II BGB²⁾. Daher zitiert die Literatur die Entscheidung nicht im richtigen Zusammenhang.

Im Widerspruch zur vorangehenden Entscheidung steht RGZ 70,423³⁾. Darin hielt das Reichsgericht den einseitigen Akt der Aussonderung für nicht ausreichend, um eine Konkretisierung herbeizuführen. Es bedürfe einer Willenseinigung⁴⁾ beider Teile mit dem Inhalt, daß sich der Vertrag auf die Leistung eines bestimmten Gegenstandes beschränken solle. Da es am Einverständnis des Käufers mit der vom Verkäufer vorgenommenen Ausscheidung gefehlt habe, sei keine Konkretisierung erfolgt. In RGZ 70,423 verlangte das Gericht also eine Willenseinigung zur Konkretisierung. Die Entscheidung macht nicht deutlich, ob sich die geforderte Einigung auf eine Konkretisierung kraft Gesetzes (§ 243 II BGB)⁵⁾ oder nur auf eine rechtsgeschäftliche Umwandlung (§ 305 BGB)⁶⁾ des

1. RGZ 57,402, 404. Vgl. dazu Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 128 Fußn. 1.

2. Siehe Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 331.

3. Vgl. dazu Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 128 Fußn. 1.

4. Vgl. dazu die Ausscheidungstheorie von Thöl oben S. 15; vgl. auch Kisch, S. 201.

5. So Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 128 Fußn. 1; v. Staudinger-Weber, § 243 BGB Anm. 45; Medicus, JuS 6 (1966), 297, 300 Fußn. 23.

6. So Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 332 und 336 f.; v. Staudinger-Weber, § 243 BGB Anm. 39; Würdinger/Röhrich in Großkommentar, vor § 373 HGB Anm. 109.

Gattungs- in einen Spezieskauf bezieht.

Die Entscheidung RG WarnR 6 (1913) Nr. 47¹⁾ stützt sich ausdrücklich auf RGZ 57, 402. Zur Konkretisierung nach § 243 II BGB genüge es nicht, daß der Verkäufer einzelne Sachen ausscheide und zur Lieferung bereithalte. Vielmehr müsse er auch die ausgeschiedenen Sachen als solche dem Gläubiger anbieten.

In BGH LM Nr. 5 (Bl. 3) zu § 12 HöfeO lehnte es der BGH ab, auf RGZ 57, 402 zu rekurrieren. Die Entscheidung des RG sei auf die im vorliegenden Fall betroffene Geldschuld nicht übertragbar.

bb. Die Konkretisierung als zweiseitiger Vorgang.

Die Gegenansicht²⁾ knüpft an die von Jhering begründete Lieferungstheorie an, ohne jedoch wie diese für die Konkretisierung die Erfüllung der Verkäuferpflicht zu verlangen. Vielmehr tritt die Konkretisierung mit erfolgter Lieferung ein. Soweit es zur Lieferung der Mitwirkung des Käufers bedarf, muß sie vorliegen. Bei der Holschuld muß der Verkäufer die Ware dem Käufer übergeben; der Käufer nimmt die Ware beim Verkäufer in Empfang. Bei der Bringschuld muß der Verkäufer die Ware an den Bestimmungsort schaffen und dort dem Käufer den Besitz einräumen. Es ist nicht erforderlich, daß mit der Übergabe zugleich das Eigentum auf den Käufer übergeht und die Erfüllung (§ 362 I BGB) der Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) eintritt. Wenn jedoch der Käufer an der Übergabe nicht mitwirkt, d.h. die Sache nicht entgegennimmt, so kann der Verkäufer seine Leistungshandlung nicht erbringen. Es fehlt an einer Lieferung durch den Verkäufer, so daß nach § 243 II BGB keine Konkretisierung eintritt³⁾.

1. Auch abgedruckt in: JW 42 (1913), 130.

2. So v. Caemmerer, JZ 1951, 740, 743 ff.; ebenso Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 328 Fußn. 3 m.w.Nachw.; Vathis, S. 38 mit Fußn. 58. Dem steht die Ansicht von Blomeyer nahe, § 12 IV 1, S. 54 f.: Im allgemeinen genüge zur Konkretisierung, daß der Schuldner einen Zustand herstelle, in dem die weitere Durchführung des Vertrags ohne sein Zutun geschehe. Siehe auch Cuno, S. 26 ff.

3. So v. Caemmerer, JZ 1951, 740, 744; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 335. Vgl. auch Rabel, RabelsZ 17 (1952), 212, 218 f.; auch abgedruckt in: Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 365 f.

cc. Die Gründe für die Lieferungstheorie.

Die Entstehungsgeschichte des § 243 II BGB und die zentrale Bedeutung der Lieferung beim Warenkauf sprechen dafür, daß die Konkretisierung nicht schon durch einseitigen Akt, sondern erst mit der Lieferung im Sinne eines zweiseitigen Vorgangs erfolgt¹⁾. Der heutige § 243 II BGB ist aus dem Entwurf I § 214 I hervorgegangen, der die Voraussetzungen der Konzentration wie folgt regelte: "Die Auswahl gilt erst dann als vollzogen, wenn die Leistung durch Übergabe der ausgewählten Sache bewirkt ... ist."²⁾ Die zweite Kommission formulierte diese Regelung später dahin um, daß die Konzentration dann eintrete, wenn der Schuldner das "seinerseits Erforderliche" getan habe (Entwurf II § 207 II)³⁾. Dadurch wollte die zweite Kommission in der Sache jedoch nicht vom Entwurf I abweichen; daß an der "Lieferungstheorie" festzuhalten sei, wurde ausdrücklich hervorgehoben⁴⁾. Wie die Entstehung des § 243 II BGB deutlich macht, hat der Gesetzgeber die gemeinrechtliche Streitfrage zugunsten der Lieferungstheorie von Jhering entschieden⁵⁾. Das gilt mit der Einschränkung, daß die Konkretisierung nach § 243 II BGB nicht die Erfüllung (§ 362 I BGB) der Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) voraussetzt, sondern nur erfordert, daß der Verkäufer seine Leistungshandlung, nämlich die Übergabe, vorgenommen hat.

Außer der Entstehungsgeschichte des § 243 II BGB spricht ferner für eine Konkretisierung durch L i e f e r u n g, daß sich an die Lieferung zugleich der Übergang der Preisgefahr (§ 446 I 1 BGB) auf den Käufer anknüpft. Die Gefahr kann nicht ohne Konkretisierung übergehen⁶⁾. Allerdings verstieße es nicht gegen die Gesetze der Logik, für die Konkretisierung einen einseitigen Akt des Verkäufers genügen zu lassen, während der Gefahrübergang die Lieferung

1. Vgl. auch Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 332 ff., der unter Hinweis auf die Interessenlage für die Lieferungstheorie eintritt. Seine Ausführungen zum Beschaffungsrisiko beziehen sich auf die Leistungs- und nicht auf die Preisgefahr. Daher soll dem hier nicht weiter nachgegangen werden.
2. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Erste Lesung, § 214, S. 49 (Unterstreichung vom Verfasser).
3. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Zweite Lesung, § 207, S. 70.
4. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. I, S. 286 f.
5. So Bachmann, S. 14 Fußn. 54 m.w.Nachw.; ebenso Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 329 f.; Kisch, S. 94. Ausführlich zur Entstehungsgeschichte Fischer, Jher.Jb. 51 (1907), 159, 164 ff. und 190 ff. Siehe auch Cuno, S. 23. A.A. v. Staudinger-Weber, § 243 BGB Rdnr. 40: Der Gesetzgeber habe einen Mittelweg beschritten. Dagegen v. Caemmerer, JZ 1951, 740, 743 insbes. Fußn. 21.
6. Zu diesem Zusammenhang siehe oben S. 13 f.

durch Übergabe (§ 446 I 1 BGB) voraussetzt. Daß die Preisgefahr dem Traditionsprinzip folgt und somit bei Lieferung auf den Käufer übergeht, hat seinen guten Grund¹⁾. Die Lieferung ist der zentrale Vorgang beim Warenkauf; durch sie erlangt der Käufer den Besitz an der Ware. Dabei ist die Lieferung von der Erfüllung (§ 362 I BGB) der Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) durch sachenrechtliche Besitz- und Eigentumsübertragung zu trennen²⁾. Die Lieferung als schuldrechtliche Pflicht des Verkäufers ist tatsächlich zu verstehen, d.h. unabhängig davon, welche Handlungen nach dem jeweiligen Sachenrecht zur Besitz- und Eigentumsübertragung erforderlich sind. So verstanden bietet die Lieferung, die sich an den tatsächlichen Gegebenheiten des Warenkaufs orientiert, ein Konzept zur Rechtsvereinheitlichung des Gefahrübergangs³⁾. In dieses Konzept muß beim Gattungskauf auch die Konkretisierung einbezogen werden. Deshalb tritt die Konkretisierung erst mit der Lieferung ein, d.h. mit dem "Abschluß der Leistungshandlung" des Verkäufers⁴⁾. Bei der Holschuld ist mit der Übergabe der Ware an den Käufer geliefert; bei der Bringschuld muß der Verkäufer die Ware an den Bestimmungsort schaffen und muß sie dort dem Käufer übergeben⁵⁾. Erst dann ist g e l i e f e r t, d.h., dann erst tritt die Konkretisierung ein.

b. Die Konkretisierung beim Versendungskauf.

aa. Die Ansicht der Literatur.

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, daß die Konkretisierung beim Versendungskauf mit der Absendung der Waren eintritt⁶⁾. Zu diesem Ergebnis gelangt auch die Lieferungstheorie. Mit der Absendung der Waren hat der Verkäufer geliefert⁷⁾. Zwar hat der Verkäufer mit der Aushändigung der Waren an die

1. Siehe oben S. 7 f.

2. So von Caemmerer, JZ 1951, 740, 744.

3. In diesem Sinne auch Rabel, Warenkauf, Bd. 1, S. 320.

4. So Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 335 f.

5. So von Caemmerer, JZ 1951, 740, 744.

6. Siehe Bachmann, S.24; Cuno, S.30 ff.; Filios, S.42 Fußn. 8 m.w.Nachw.; v. Staudinger-Weber, § 243 BGB Anm.46; Wolf, Bd.2, § 11 B III b, S.17; Medicus, JuS 6 (1966), 297,302. Siehe auch Hönn, AcP 177 (1977), 385, 389; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327.

7. Siehe v. Caemmerer, JZ 1951, 740, 744; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 336; Vathis, S. 38.

Transportperson seine Verkäuferpflicht (§ 433 I 1 BGB) noch nicht erfüllt, da er dem Käufer noch nicht Eigentum und Besitz verschafft hat. Der Begriff der Lieferung verlangt jedoch keine Erfüllung, sondern ist als Abschluß der Leistungshandlung des Verkäufers zu verstehen¹⁾. Der Verkäufer hat geliefert, wenn er alles getan hat, um dem Käufer die Kaufsache tatsächlich zu verschaffen²⁾.

bb. Die Rechtsprechung.

In BGH BB 20 (1965), 349³⁾ lieferte der Verkäufer "cif London" mehrere Wagonladungen Dosenschinken, den der Käufer im November bestellt hatte. Da die Zahlung des Kaufpreises nicht voll gesichert war, adressierte der Verkäufer die Sendung an eine Londoner Speditionsfirma und beauftragte diese, 136 Kisten Dosenschinken zurückzubehalten. Im Dezember bestellte der Käufer eine weitere Sendung Dosenschinken. 130 Kisten dieser Sendung ließ der Verkäufer unterwegs zur anderweitigen Verwendung ausladen. Zugleich beauftragte er den Londoner Spediteur, die zurückbehaltenen 136 Kisten aus der November-Lieferung an den Käufer auszuliefern. Mit diesem Rest der November-Lieferung wollte der Verkäufer die Dezember-Lieferung erfüllen, da die Zahlung der Dezember-Lieferung in vollem Umfang gesichert war. Der Käufer erkannte die Erfüllung der Dezember-Bestellung mit Kisten aus der November-Lieferung nicht an und klagte insoweit auf Rückzahlung des Kaufpreises.

Der BGH hatte darüber zu befinden, ob die Dezember-Lieferung konkretisiert worden war und ob der Verkäufer mit der Konkretisierung seine Dispositionsfreiheit verloren hatte⁴⁾, so daß er die unterwegs ausgeladenen 130 Kisten nicht durch die in London zurückbehaltenen 136 Kisten ersetzen durfte.

Der BGH bejahte die Konkretisierung der Dezember-Lieferung. Nach § 243 II BGB ~~trete~~ eine Konkretisierung regelmäßig dann ein, wenn der Schuldner die Sache derart angeboten habe, daß es nur noch an dem anderen Vertragsteil liege, ob er die Sache annehme oder nicht⁵⁾. Beim Versendungskauf erfolge

1. Zum Begriff der Lieferung siehe Rabel, Warenkauf, Bd. 1, S. 317 ff.
2. So Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 336.
3. Auch abgedruckt in: AWD BB 10 (1964), 395; Betrieb 17 (1964), 1296; WM 18 (1964), 1023; DRspr. I (123) Bl. 90 a.
4. Zu dieser Fragestellung vgl. Medicus, JuS 6 (1966), 297, 299.
5. So schon RGZ 57, 402, 404, ohne daß der BGH auf diese Entscheidung einging.

nach § 243 II BGB die Konkretisierung dann, wenn der Verkäufer die ausgeschiedene Ware dem Frachtführer zur Versendung übergeben habe, womit zugleich die Gefahr auf den Käufer übergehe. Der BGH¹⁾ berief sich auf zwei Entscheidungen des RG²⁾. In der einen Entscheidung nahm das RG³⁾ zu den Voraussetzungen der Konkretisierung beim Versendungskauf Stellung: Der Verkäufer habe das Erforderliche erst getan (§ 243 II BGB), wenn er die ausgeschiedene Ware dem Frachtführer zur Versendung übergeben habe, womit zugleich die Gefahr (§ 447 I BGB) auf den Käufer übergehe⁴⁾. Ebenso war in der anderen Entscheidung⁵⁾ die Individualisierung dadurch eingetreten, daß der Verkäufer die Ware auf den Weg nach Stockholm gebracht hatte.

In einer weiteren Entscheidung des RG⁶⁾ hatte der Verkäufer von Stroh dessen Versendung als Nebenpflicht übernommen. Das RG konnte den Tatsachenermittlungen der Vorinstanz nicht entnehmen, daß das Stroh ausgesondert worden war. Es entschied daher, daß ohne die Aussondierung keine Konkretisierung eingetreten sei.

In einem anderen Fall⁷⁾ hatte sich der Verkäufer verpflichtet, die Ausfuhrbewilligung zu besorgen. Nach Ansicht des RG erfolgte die Konkretisierung beim Versendungskauf regelmäßig mit der Ablieferung an die Transportperson⁸⁾. Im vorliegenden Fall habe der Verkäufer jedoch erst mit der Beschaffung der Ausfuhrbewilligung alles seinerseits Erforderliche getan (§ 243 II BGB). In der Entscheidung RGZ 111, 23, 25 wurde betont, daß die Konkretisierung beim Versendungskauf voraussetze, daß die Versendung vom Erfüllungsort und nicht von einem anderen Ort aus erfolgt sei.

1. BGH BB 20 (1965), 349.

2. RGZ 57, 138 und RGZ 108, 184.

3. RGZ 57, 138, 141.

4. RGZ 57, 138, 141-142 mit Literaturnachweisen.

5. RGZ 108, 184, 187; fraglich war allerdings, ob der Verkäufer auf der Individualisierung bestehen konnte, obwohl er die Ware umgeleitet und darüber anderweitig verfügt hatte.

6. RG WarnR 15 (1922) Nr. 49; auch abgedruckt in: GruchBeitr. 66 (1923), 215. Vgl. dazu Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 313 mit Fußn. 29.

7. RG Recht 28 (1924) Nr. 264.

8. RG Recht 28 (1924) Nr. 264 unter Berufung auf RGZ 57, 138, 141.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die Rechtsprechung einmütig die Konkretisierung (§ 243 II BGB) beim Versandungskauf bejahte, wenn der Verkäufer die ausgesonderte Ware der Transportperson ausgehändigt hatte. Ausgehend von RGZ 57, 138, 141 hat sich auch der BGH¹⁾ zu diesem Grundsatz bekannt.

IV. Der allgemeine schuldrechtliche Gefahrtragungsgrundsatz des § 323 BGB.

Bis zur Konkretisierung hat der Verkäufer nach § 279 BGB sein Unvermögen zu vertreten, vorausgesetzt, daß die Leistung aus der Gattung möglich ist, d.h., es darf sich nicht um eine Totalunmöglichkeit²⁾ handeln. Da der Verkäufer zur Beschaffung aus der Gattung verpflichtet ist und somit seine Nichtleistung zu vertreten hat, findet § 323 I BGB keine Anwendung³⁾. Solange der Verkäufer zur Beschaffung aus der Gattung verpflichtet ist, stellt sich das Problem der Preisgefahr noch nicht. Erst vom Zeitpunkt der Konkretisierung an (§ 243 II BGB) ist fraglich, ob der Gattungskäufer den Kaufpreis zahlen muß, ohne die Ware zu erhalten. Denn mit erfolgter Konkretisierung wird der Verkäufer von seiner Beschaffungspflicht frei. Wenn nunmehr die Ware durch Zufall untergeht, dann trägt der Käufer die Leistungsgefahr (§ 275 BGB). Ebenso trägt der Käufer - in Abweichung vom allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatz des § 323 BGB - die Preisgefahr (§§ 446 I 1, 447 I BGB). Nach allgemeinem Schuldrecht (§ 323 BGB)⁴⁾ hätte der Verkäufer (= Schuldner) nach erfolgter Konkretisierung die Preisgefahr so lange zu tragen, bis er seine Leistungspflicht (§ 433 I 1 BGB) erfüllt hätte (§ 362 I BGB). Davon weichen jedoch die kaufrechtlichen Spezialregelungen ab (§§ 446 I 1, 447 I BGB), indem sie bereits mit der Lieferung

1. BGH BB 20 (1965), 349 = WM 18 (1964), 1023, 1024. Siehe auch OLG München NJW 10 (1957), 1801: Eine Konzentration auf die Ware nach §§ 243 II, 447 I BGB sei nicht eingetreten, da sich die Ware nicht auf dem Wege zum Gattungskäufer befunden habe. Vielmehr sei die Ware fehlgeleitet worden, noch ehe sie überhaupt zum Verkäufer gelangt sei, der sie infolgedessen auch nicht an den Gattungskäufer habe liefern können.
2. Totalunmöglichkeit war in RGZ 103, 13 eingetreten; vgl. dazu unten S. 35 f.
3. Siehe v. Staudinger-Kaduk, § 323 BGB Anm. 7 und 9.
4. Siehe Bachmann, S. 24; Esser-Weyers, Bd. 2, Teilbd. 1, § 8 III 2 b, S. 102; Westermann, JA 10 (1978), 481, 483.

die Preisgefahr auf den Käufer übergehen lassen. Da sich die Konkretisierung - wie hier vertreten - durch einen zweiseitigen Liefervorgang vollzieht, geht damit der Übergang der Preisgefahr auf den Käufer einher.

V. Die kaufrechtlichen Spezialregelungen (§§ 446 I 1, 447 I BGB).

Der Gefahrübergang nach §§ 446 I 1, 447 I BGB vollzieht sich beim Gattungskauf unter denselben Voraussetzungen wie beim Spezieskauf. Erforderlich ist jedoch, daß bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs die Konkretisierung nach § 243 II BGB eingetreten ist. Versteht man die Konkretisierung als einseitigen Akt des Verkäufers, so kann bereits vor dem Gefahrübergang nach § 446 I 1 BGB eine Konkretisierung stattgefunden haben. Vorzuziehen ist jedoch die Ansicht, daß die Konkretisierung erst mit der Lieferung als einem zweiseitigen Vorgang erfolgt. Danach fallen Gefahrübergang und Konkretisierung zeitlich zusammen. Die Übergabe bei Hol- und Bringschulden (§ 446 I 1 BGB)¹⁾ und die Auslieferung an die Transportperson beim Versendungskauf (§ 447 I BGB)²⁾ entfalten eine doppelte Rechtswirkung, indem sie die Konkretisierung nach § 243 II BGB und den Gefahrübergang herbeiführen.

1. Siehe Fikentscher, § 67 IV 4 J, S. 365; Filios, S. 41 f.; Vathis, S. 38; Wolf, Bd. 2, § 11 B II a, S. 16.

2. Siehe Dreher, S. 45 f. FuBn. 129 m.w.Nachw.; Vathis, S. 45 FuBn. 95 m.w.Nachw.; Westermann, JA 10 (1978), 551.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE PREISGEFAHR BEIM ANNAHMEVERZUG DES KÄUFERS.

A. DER GEFAHRÜBERGANG NACH § 324 II BGB BEIM SPEZIESKAUF.

1. Die systematische Stellung des § 324 II BGB.

§ 324 II BGB bewirkt den Übergang der Preisgefahr auf den Gläubiger, wenn dem Schuldner die Leistung durch Zufall unmöglich wird, während sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet. Ebenso wie §§ 446 I 1, 447 I BGB bildet § 324 II BGB eine Ausnahme zu dem Grundsatz des § 323 I BGB, wonach der Schuldner bis zur Erfüllung (§ 362 I BGB) seiner Leistungspflicht die Gegenleistungsgefahr trägt¹⁾. Die Vorverlegung des Gefahrübergangs in § 324 II BGB findet ihre Rechtfertigung darin, daß der Schuldner ohne Annahmeverzug des Gläubigers seine Leistungspflicht erfüllt hätte, so daß der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet wäre²⁾. Während sich § 323 I BGB an der programmgemäßen Durchführung des Vertrages orientiert, trägt § 324 II BGB der Störung durch den Annahmeverzug des Gläubigers Rechnung. Als allgemein schuldrechtliche Regelung gelangt § 324 II BGB beim Kauf zur Anwendung³⁾.

11. Der Verzug als Voraussetzung des Gefahrübergangs.

Kommt der Käufer nach §§ 293 ff. BGB in Annahmeverzug, so geht die Preisgefahr nach § 324 II BGB auf ihn über. Nicht erforderlich ist, daß der Annahmeverzug den Untergang oder die Unmöglichkeit verursacht⁴⁾. Allerdings müssen sich Annahmeverzug und Unmöglichkeit auf denselben Leistungsgegenstand beziehen⁵⁾. Daß Annahmeverzug des Käufers bei gleichzeitiger Unmöglichkeit

1. Siehe Bachmann, S. 22; Fikentscher, § 44 III 1 f., S. 205 und § 67 IV 1, S. 362; Hüffer, S. 29; v. Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr. 51; Westermann, JA 10 (1978), 481, 482.

2. So Brox, JuS 15 (1975), 1,3; siehe auch Vathis, S. 67.

3. Siehe Bachmann, S. 25; Filios, S. 44 insbes. Fußn. 13 m.w.Nachw.; vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 321 ff.

4. Siehe RG WarnR 20 (1928) Nr. 79, S. 158. Siehe auch Hüffer, S. 29 f.; v. Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr. 42.

5. So RGZ 172, 20, 27 f.; ebenso Erman-Battes, § 324 BGB Rdnr. 5; Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 25.

der Leistung des Verkäufers eintritt, ist nach § 297 BGB ausgeschlossen. Zunächst kommt der Käufer in Annahmeverzug. Erst dann geht die Ware unter bzw. die Leistung wird dem Verkäufer unmöglich. Der Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) des Käufers ist von der Unmöglichkeit der Annahme zu trennen. Annahmeverzug liegt vor, wenn der Käufer die ihm angebotenen Waren nicht annehmen will oder vorübergehend an der Annahme gehindert wird¹⁾. Wenn hingegen der Käufer endgültig an der Annahme verhindert ist, liegt Unmöglichkeit der Annahme und kein Gläubigerverzug vor²⁾. § 324 II BGB findet dann keine Anwendung³⁾.

1. Der Verzug des Käufers mit der Empfangnahme der Ware.

Der Käufer ist sowohl berechtigt (§ 433 I 1 BGB) als auch verpflichtet (§ 433 II BGB), die Ware abzunehmen. Wenn der Käufer die Ware, die ihm der Verkäufer anbietet, nicht annimmt oder eine sonstige Mitwirkungshandlung nicht vornimmt, so kommt er in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB)⁴⁾. Unter den Voraussetzungen der §§ 284 ff. BGB kommt er aber zugleich in Schuldnerverzug, wenn er seiner Verpflichtung zur Abnahme (§ 433 II BGB) nicht nachkommt⁵⁾. § 324 II BGB setzt jedoch keinen Schuldner-, sondern Gläubigerverzug voraus. Die Annahme und die Abnahme der Ware gleichen sich zwar in ihrem äußeren Erscheinungsbild⁶⁾. Dennoch unterscheiden sich der Annahmeverzug als Gläubigerverzug und der Abnahmeverzug⁷⁾ als Schuldnerverzug sowohl in ihren Voraussetzungen als auch in ihren Rechtsfolgen. Ein wesentlicher Unterschied in den Voraussetzungen besteht darin, daß der Käufer in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) kommt, ohne daß es auf sein Vertretenmüssen ankäme⁸⁾. Hingegen setzt der Abnahme- oder Schuldnerverzug voraus, daß der Käufer den Verzug nach § 285 BGB zu vertreten hat.

1. Siehe Beuthien, S. 235 ff.; Erman-Battes, vor § 293 BGB Rdrrn. 5 ff.; Esser-Schmidt, Bd. 1, Teilbd. 1, § 23 II, S. 259 ff.

2. Siehe Larenz, Bd. 1, § 25 I, S. 315 insbes. Fußn. 1.

3. So BGHZ 60, 14, 17; dazu vgl. Hüffer, S. 31.

4. Zum Annahmeverzug des Käufers siehe Würdinger/Röhrich in Grobkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 2 ff.

5. Siehe Larenz, Bd. 2, § 42 I b, S. 78.

6. Siehe Hohenstein, ArchBürgR 25 (1905), 69, 71 ff.

7. So die Terminologie bei Würdinger/Röhrich in Grobkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 1. Demgegenüber verwendet Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 77 die Bezeichnung "Abnahmeverzug" als Oberbegriff, der sowohl den Gläubiger- als auch den Schuldnerverzug des Käufers umfaßt.

8. Siehe Vathis, S. 68 Fußn. 186 m.w.Nachw.

2. Die Rechtsfolgen bei vom Käufer verzögerter Empfangnahme.

Der Gefahrübergang nach § 324 II BGB ist nicht die einzige Rechtsfolge, die sich an den Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) des Käufers anschließt. Von Bedeutung ist ferner das Recht des Verkäufers zur Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB)¹⁾ und zur öffentlichen Versteigerung (§ 383 BGB)²⁾. Diese Rechte stehen dem Verkäufer nach § 374 HGB auch beim Handelskauf zu. Beim Handelskauf kann sich der Verkäufer nach seiner Wahl stattdessen aber auch für die in § 373 HGB³⁾ genannten Rechte entscheiden, je nachdem, was ihm im Einzelfall günstiger erscheint. So kann sich der Verkäufer für einen Selbsthilfeverkauf nach § 373 II HGB entscheiden. Wenn der Verkäufer dem Käufer den Selbsthilfeverkauf (§ 373 II HGB) bereits angedroht hat, die Ware aber nunmehr beim Verkäufer durch Zufall untergeht, dann kann der Verkäufer zwar den Selbsthilfeverkauf nicht mehr durchführen. Wohl aber kann er sich auch dann noch entscheiden, vom Selbsthilfeverkauf (§ 373 II HGB) Abstand zu nehmen und stattdessen nach § 374 HGB seine Rechte aus dem BGB beim Annahmeverzug des Käufers geltend zu machen, d.h. vom Käufer nach § 324 II BGB Zahlung des Kaufpreises zu verlangen⁴⁾.

Kommt der Käufer mit der Abnahme zugleich in Schuldnerverzug (§§ 284 ff. BGB)⁵⁾, so ist zu differenzieren: Generell ist die Abnahmepflicht des Käufers aus § 433 II BGB Nebenpflicht, so daß der Verkäufer nur nach § 286 I BGB den Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen kann⁶⁾. Ist die Abnahmepflicht jedoch aufgrund Vereinbarung oder aufgrund besonderer Umstände Hauptpflicht⁷⁾, so stehen dem Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB⁸⁾ zu. Allerdings ist nach fruchtlosem Fristablauf der Anspruch des Verkäufers auf Erfüllung ausgeschlossen (§ 326 I 2, letzter Halbsatz BGB). Der Erfüllungs-

1. Siehe Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 27.

2. Siehe Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 28 ff.

3. Siehe Capelle, § 12 V, S. 110 f.; Hager, S. 130 ff.; Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 32 ff.

4. So Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 23.

5. Siehe Larenz, Bd. 2, § 42 I b, S. 78 insbes. Fußn. 4; Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm. 59.

6. Siehe Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 92 mit Fußn. 184.

7. Siehe die Entscheidungsnachweise bei Hager, S. 142 Fußn. 103. Vgl. auch den Spezifikationskauf nach § 375 HGB.

8. Siehe Leser, Der Rücktritt, S. 259 ff.; Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 90 mit Fußn. 160.

anspruch des Verkäufers, hinsichtlich dessen sich der Käufer im Schuldnerverzug befindet, ist hier auf Abnahme der Ware durch den Käufer gerichtet. Dieser Anspruch des Verkäufers auf Abnahme ist somit nach § 326 I 2, letzter Halbsatz BGB ausgeschlossen. Davon zu trennen ist der Anspruch des Verkäufers auf die Gegenleistung (§ 324 II BGB), nämlich auf Zahlung des Kaufpreises. Ob der Kaufpreisanspruch entgegen § 324 II BGB durch § 326 I 2, letzter Halbsatz BGB ausgeschlossen wird, wenn sich der Käufer nicht mit der Zahlung des Kaufpreises¹⁾, sondern wie hier mit der Abnahme der Ware im Schuldnerverzug befindet, erscheint fraglich.

3. Der Zahlungsverzug des Käufers als Gläubigerverzug.

Wenn der Käufer zwar bereit ist, die ihm vom Verkäufer angebotene Ware in Empfang zu nehmen, sich jedoch der Zahlung des Kaufpreises widersetzt, so kommt er nach § 298 BGB in Annahmeverzug²⁾. § 298 BGB setzt voraus, daß der Gläubiger Zug um Zug gegen die Leistung des Schuldners oder als Vorleistung seine Gegenleistung erbringen muß³⁾. Beim Kauf stehen die Zahlungspflicht (§ 433 II BGB) des Käufers und die Pflicht des Verkäufers (§ 433 I 1 BGB) im Synallagma. Der Verkäufer braucht nur Zug um Zug gegen Zahlung zu leisten (§ 320 I 1 BGB).

4. Der Zahlungsverzug des Käufers als Schuldnerverzug.

Die Zahlung des Kaufpreises (§ 433 II BGB) bildet die Hauptverpflichtung des Käufers⁴⁾. Gerät der Käufer mit der Zahlung in Schuldnerverzug (§§ 284 ff. BGB), so kann der Verkäufer nach § 326 I 2 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten⁵⁾. Nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen (§ 326 I 2, letzter Halbsatz BGB), d.h. der Verkäufer hat keinen Anspruch mehr auf Zahlung des Kaufpreises. Andererseits befindet sich der Käufer ---

1. Zu dem Fall, daß sich der Käufer mit der Kaufpreiszahlung im Schuldnerverzug befindet, vgl. unten S. 28 ff. (Unterabschnitt 4.).

2. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 93 mit Fußn. 191.

3. Siehe Erman-Battes, § 298 BGB Rdnr. 1; Palandt-Heinrichs, § 298 BGB Anm. 2; v. Staudinger-Werner, § 298 BGB Rdnrn. 2 ff.; Wolf, Bd. 1, § 9 K IV a, S. 522.

4. Siehe Hager, S. 141 f. insbes. Fußn. 101 f.

5. Vgl. Leser, Der Rücktritt, S. 259 ff.

aufgrund seiner Weigerung, den Kaufpreis zu zahlen, im Gläubigerverzug (§ 298 BGB) – wie im vorhergehenden Abschnitt näher dargelegt wurde –. Wenn nunmehr die Ware beim Verkäufer untergeht, dann behält dieser nach § 324 II BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung, also auf Zahlung des Kaufpreises. Der Kaufpreisanspruch ist jedoch als Erfüllungsanspruch durch § 326 I 2, letzter Halbsatz BGB gerade ausgeschlossen, so daß hier § 324 II BGB gegenüber § 326 I 2 BGB zurücktritt. Deshalb steht der Verkäufer im Ergebnis aber nicht schlechter da, als dies bei Anwendung des § 324 II BGB der Fall wäre. Denn der Verkäufer hat einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages (§ 326 I 2 BGB). Dieser Schaden ermittelt sich nach der Differenztheorie¹⁾, d.h. der Verkäufer wird von seiner Pflicht frei, die – bei ihm untergegangene – Ware zu liefern. Der Verkäufer kann als konkreten²⁾ Schaden die Differenz verlangen zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Käufer richtig erfüllt hätte, und der Lage, die durch die Nichterfüllung eingetreten ist. Wenn der Käufer ordnungsgemäß erfüllt, d.h. den Kaufpreis gezahlt hätte, dann hätte ihm der Verkäufer die Ware übergeben. Die Ware wäre somit aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden, und stattdessen wäre der vom Käufer gezahlte Kaufpreis in das Vermögen des Verkäufers hineingekommen. Demgegenüber hat die Weigerung des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen, dazu geführt, daß die Ware zunächst das Vermögen des Verkäufers nicht verlassen hat. Dadurch konnte die Ware anschließend beim Verkäufer untergehen, womit sie zugleich – wirtschaftlich – aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden ist. Den Kaufpreis hat der Verkäufer jedoch nicht erhalten. Ein Vergleich der beiden Vermögenslagen zeigt, daß in beiden Fällen die Ware aus dem Vermögen des Verkäufers – wirtschaftlich – ausgeschieden ist, dafür aber nur im ersten Fall die Kaufpreiszahlung zum Vermögen des Verkäufers hinzugekommen ist. Die Differenz beider Vermögenslagen besteht also in dem – vom Käufer verweigerten – Kaufpreis. Diesen kann der Verkäufer als Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Käufer beanspruchen (§ 326 I 2 BGB). Im Ergebnis steht der Verkäufer somit nicht schlechter da, als wenn er nach § 324 II BGB vorgegangen wäre.

1. Siehe Palandt-Heinrichs, § 325 BGB Anm. 3a aa und 3 b.
2. Siehe Palandt-Heinrichs, § 325 BGB Anm. 4.

Der Verkäufer muß aber nicht den Weg des § 326 I BGB beschreiten. Statt sich für die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§ 326 I 1 BGB) zu entscheiden, kann er an der Erfüllung des Vertrages festhalten. Da sich der Käufer aufgrund seiner Nichtzahlung zugleich im Gläubigerverzug (§ 298 BGB) befindet, behält der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch, wenn die Ware nunmehr bei ihm untergeht (§ 324 II BGB). Daneben hat er gegen den - im Schuldnerverzug befindlichen - Käufer einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens (§ 286 I BGB)¹⁾.

III. Das Nichtvertretenmüssen.

§ 324 II BGB setzt voraus, daß der Schuldner die Unmöglichkeit seiner Leistung nicht zu vertreten hat. Während des Gläubigerverzugs hat der Schuldner nach § 300 I BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit²⁾ zu vertreten. Verschuldet der Verkäufer die Unmöglichkeit seiner Leistung (§ 433 I 1 BGB) leicht fahrlässig, so behält er nach § 324 II BGB seinen Kaufpreisanspruch³⁾.

Die folgende Entscheidung des RG⁴⁾ liefert hierzu einen Beitrag. Der Verkäufer hatte Holz zu liefern, dessen Annahme der Käufer verweigerte. Eine Lagerung des Holzes wäre sehr kostspielig gewesen, und ein Selbsthilfeverkauf versprach wenig Aussicht auf Erfolg. Deshalb verarbeitete der Verkäufer das Holz als Nutzholz. Das RG führte aus, der Käufer habe sich im Annahme- und im Abnahmeverzug befunden. Aufgrund des Annahmeverzugs beschränke sich die Haftung des Verkäufers für den Zustand des Holzes auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 I BGB). Unter den gegebenen Umständen habe der Verkäufer nicht verständiger handeln können (§ 347 HGB), als das Holz zu verarbeiten. Da der Verkäufer gerettet habe, was zu retten gewesen sei, habe er die Unmöglichkeit der Lieferung des Holzes nicht nach § 325 BGB zu vertreten. Vielmehr gelange § 324 II BGB zur Anwendung, da der Käufer das Holz

1. Siehe Palandt-Heinrichs, § 326 BGB Anm. 2 b.
2. Dazu siehe Erman-Battes, § 276 BGB Rdnr. 61. Vgl. auch RG WarnR 20 (1928) Nr. 79, S. 158.
3. Siehe Bachmann, S. 23; Erman-Battes, § 324 BGB Rdnr. 5; Filios, S. 54; RGRK-Ballhaus, § 324 BGB Rdnr. 16; Schubert, S. 44; Soergel-Schmidt, § 324 BGB Rdnr. 3; v. Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr. 53; Vathis, S. 67. Vgl. RG HRR 4 (1928) Nr. 1577; BGH WM 29 (1975), 917, 920.
4. RG HRR 9 (1933) Nr. 1176.

hartnäckig zurückgewiesen habe, solange der Verkäufer zur Lieferung imstande gewesen sei. Daher sei der Käufer zur Zahlung verpflichtet geblieben (§ 324 II BGB).

Auch in dem folgenden Fall des BGH¹⁾ hatte der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten (§ 325 BGB) und behielt nach § 324 II BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Der BGH entschied, daß sich das Energieversorgungsunternehmen (Schuldner) mit der Stromlieferung an den zweiten Betrieb zwar selbst außerstande gesetzt habe, den Stromlieferungsvertrag gegenüber dem ersten Betrieb (im Annahmeverzug befindlicher Gläubiger) zu erfüllen. Das könne jedoch nicht dazu führen, daß das Energieversorgungsunternehmen jeden Anspruch gegen den ersten Betrieb verliere oder gar nach § 325 BGB auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hafte. Wenn das Versorgungsunternehmen mit dem zweiten Betrieb einen neuen Stromlieferungsvertrag abgeschlossen habe, so stelle das keinen von dem Energieversorgungsunternehmen (Schuldner) zu vertretenden (§ 325 BGB) Umstand dar. Denn das Energieversorgungsunternehmen sei als Monopolbetrieb nach § 6 des Energiewirtschaftsgesetzes verpflichtet gewesen, dem Antrag des zweiten Betriebes auf Lieferung von Strom zu entsprechen. Vielmehr sei dem Energieversorgungsunternehmen (Schuldner) die ihm gegenüber dem ersten Betrieb obliegende Stromlieferung durch einen vom Versorgungsunternehmen nicht zu vertretenden Umstand in einem Zeitpunkt unmöglich geworden, in dem sich der erste Betrieb im Annahmeverzug (§ 293 BGB) befunden habe. Das Energieversorgungsunternehmen (Schuldner) behalte daher gegenüber dem ersten Betrieb (im Annahmeverzug befindlicher Gläubiger) den Anspruch auf ein vereinbartes Mindestentgelt (§ 324 II BGB).

IV. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

Die Preisgefahr geht nach § 324 II BGB mit dem Eintritt des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB) für dessen Dauer auf den Käufer über²⁾. Zu welchem Zeitpunkt der Käufer in Annahmeverzug kommt, hängt davon ab, ob es sich um eine Hol-, Bring- oder Schickschuld handelt.

1. BGH LM Nr. 2 zu § 324 BGB; auch abgedruckt in: BB 13 (1958), 392. Vgl. dazu Larenz, Bd. 1, § 25 II a, S. 321.

2. Siehe Erman-Battes, § 324 BGB Rdnr. 5; Larenz, Bd. 1, § 25 II c, S. 323; Schubert, S. 43.

1. Der Annahmeverzug bei Hol- und Bringschuld.

Bei der Holschuld kommt der Käufer in Annahmeverzug (§ 293 BGB), wenn er der Aufforderung (§ 295, 2 BGB) des Verkäufers, die Ware abzuholen, nicht nachkommt oder die Abholung nicht rechtzeitig (§ 296 BGB) vornimmt. Bei der Bringschuld gerät der Käufer nach § 293 BGB in Verzug, wenn er die ihm vom Verkäufer tatsächlich angebotene (§ 294 BGB) Ware nicht annimmt oder wenn er nach vorheriger Annahmeverweigerung dem wörtlichen Angebot (§ 295, 1 1. Alt. BGB) des Verkäufers nicht entspricht. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach § 324 II BGB liegt somit vor dem Zeitpunkt der Übergabe in § 446 I 1 BGB.

2. Der Annahmeverzug beim Versendungskauf.

Nach §§ 293, 294 BGB kommt der Käufer bei der Schickschuld erst in Verzug, wenn die Ware bei ihm eingetroffen ist und er ihre Annahme verweigert hat¹⁾. Der Käufer gerät nicht schon im Zeitpunkt der Absendung in Verzug²⁾. Der Annahmeverzug nach § 294 BGB tritt also später ein als die Absendung der Waren. Da mit der Versendung die Gefahr bereits nach § 447 I BGB übergeht, gelangt § 324 II BGB beim Annahmeverzug nach § 294 BGB nicht zur Anwendung³⁾.

Anders verhält es sich beim Annahmeverzug nach § 295, 1 1. Alt. BGB. Wenn der Verkäufer nach vorheriger Annahmeverweigerung des Käufers die Versendung wörtlich anbietet (§ 295, 1 1. Alt. BGB) und der Käufer diese ablehnt, so kommt der Käufer vor der Absendung in Verzug (§ 293 BGB). Mit Verzugs-eintritt geht die Gefahr nach § 324 II BGB auf den Käufer über. Ohne Verzug wäre der Gefahrübergang erst mit der Auslieferung an die Transportperson nach § 447 BGB erfolgt.

V. Der Umfang des Anspruchs auf die Gegenleistung.

Ist die Preisgefahr nach § 324 II BGB auf den Käufer übergegangen, so verringert sich die Kaufpreisforderung nach Maßgabe des § 324 I 2 BGB. Danach muß sich der Verkäufer auf den Kaufpreisanspruch anrechnen lassen, was er

1. Siehe Palandt-Heinrichs, § 294 BGB Anm. 2 b.

2. So aber RG JW 54 (1925), 607.

3. Siehe RGRK-Alff, § 300 BGB Rdnr. 7.

infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt¹⁾.

B. DER GEFAHRÜBERGANG NACH § 324 II BGB BEIM GATTUNGSKAUF.

1. Die Anwendbarkeit des § 324 II BGB bei der Gattungsschuld.

Wenn der Gläubiger in Annahmeverzug kommt, so geht die Preisgefahr bei der Gattungsschuld nach § 324 II BGB und nicht nach § 300 II BGB über²⁾.

§ 324 II BGB regelt die Preisgefahr nicht nur bei Stück-, sondern auch bei Gattungsschulden³⁾. Demgegenüber bezieht sich § 300 II BGB ausschließlich auf die Leistungs- und nicht auf die Preisgefahr⁴⁾. Das ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 300 II BGB: Die Preisgefahr wird im BGB in den §§ 323 ff. geregelt⁵⁾.

II. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs.

Die Konkretisierung beim Annahmeverzug des Käufers kann nach § 243 II BGB oder nach § 300 II BGB erfolgen. Zum einen bewirkt die Konkretisierung den Übergang der Leistungsgefahr auf den Käufer. Zum anderen ist sie eine Vor-

-
1. Siehe Bachmann, S. 23; RGRK-Ballhaus, § 324 BGB Rdnr.16; Soergel-Schmidt, § 324 BGB Rdnr.5. Vgl. auch RGZ 172, 20, 28; BGH LM Nr.2 (Rücks.) zu § 324 BGB; auch abgedruckt in: BB 13 (1958), 392.
 2. A.A. RGZ 57, 402, 403 ff. Siehe auch v.Staudinger-Werner, § 300 BGB Rdnr.13 m.w.Nachw. und v.Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr.45, die ihre frühere Ansicht, § 300 II BGB regelt die Preisgefahr, aufgeben.
 3. Siehe RGRK-Ballhaus, § 324 BGB Rdnr. 16. Siehe auch Fischer, Jher.Jb.51 (1907), 159, 232 f.
 4. Siehe Eisser, S. 10; Fikentscher, § 46 III 2 d, S.226; Hüffer, S.29 Fußn. 134; RGRK-Alff, § 300 BGB Rdnr.7; Vogt, S.119 Fußn.1; v.Caemmerer, JZ 1951, 740, 743 mit Fußn.19; Hönn, AcP 177 (1977), 385, 388 mit Fußn. 13; Westermann, JA 10 (1978), 481, 483.
 5. Siehe Bachmann, S.18; Erman-Battes, § 300 BGB Rdnr.5; v.Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr. 51; Medicus, JuS 6 (1966), 297, 302.

aussetzung für den Übergang der Preisgefahr beim Annahmeverzug des Käufers nach § 324 II BGB¹⁾. Während die Konkretisierung nach § 243 II BGB vor dem Annahmeverzug eintritt, erfolgt sie nach § 300 II BGB im Zeitpunkt des Annahmeverzuges. Die Konkretisierung nach § 300 II BGB und der Gefahrübergang nach § 324 II BGB fallen zeitlich zusammen. Wenn die Konkretisierung nach § 243 II BGB vor dem Eintritt des Annahmeverzuges stattgefunden hat, bleibt für § 300 II BGB kein Raum²⁾.

Nach der überwiegenden Meinung³⁾, die für die Konkretisierung nach § 243 II BGB einen einseitigen Akt des Verkäufers genügen läßt, tritt die Konkretisierung regelmäßig nach § 243 II BGB ein. Danach gelangt § 300 II BGB nur beim Annahmeverzug nach § 295,1 1. Alt. BGB bei Bring- oder Schickschuld zur Anwendung⁴⁾. Nach dieser Ansicht enthält § 300 II BGB eine kaum bedeutungsvolle Regelung⁵⁾.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt die Ansicht, nach der § 243 II BGB eine Lieferung als zweiseitigen Vorgang voraussetzt. Danach kommt § 300 II BGB immer dann zur Anwendung, wenn die Lieferung am Annahmeverzug des Käufers scheitert⁶⁾. Diese Ansicht ist der überwiegenden Meinung vorzuziehen. Wenn der Verkäufer den Käufer in Annahmeverzug gesetzt hat, dann hat der Verkäufer noch nicht das s e i n e r s e i t s E r f o r d e r l i c h e im Sinne von § 243 II BGB getan. Wenn also beispielsweise der Verkäufer bei

1. Siehe BGH WM 29 (1975), 917,920; Bachmann, S.22 f. und 25; Erman-Battes, § 324 BGB Rdnr.5; Palandt-Heinrichs, § 324 BGB Anm.5; Soergel-Schmidt, § 324 BGB Rdnr.3; v.Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Anm.52; Vathis, S.68; Würdinger/Röhrich in Großkommentar, §§ 373, 374 HGB Anm.25; Hönn, AcP 177 (1977), 385,386 und 394 Fußn.34 m.w.Nachw. A.A. Schröder, MDR 27 (1973), 466,467 Fußn. 10.
2. Siehe Bachmann, S.18; Larenz, Bd.1, § 25 II b, S.323; Soergel-Schmidt, § 300 BGB Rdnr.4; v.Staudinger-Weber, § 243 BGB Rdnrn. 79 f.
3. Siehe Esser-Schmidt, Bd.1, Teilbd.1, § 23 I 2.1, S.258; Larenz, Bd.1, § 25 II b, S.322; Wolf, Bd.1, § 9 K III 1, S.521; Brox, JuS 15 (1975), 1,2; Westermann, JA 10 (1978), 481, 483.
4. Siehe Soergel-Siebert, § 300 BGB Rdnr. 6; v.Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr. 47.
5. Siehe Hadding, JA 10 (1978), 615,616; Hönn, AcP 177 (1977), 385,388 m.w. Nachw. in Fußn.14; Medicus, JuS 6 (1966), 297,302; Schröder, MDR 27 (1973), 466 Fußn. 1 m.w.Nachw.
6. So v.Caemmerer, JZ 1951, 740,744 mit rechtsvergleichendem Hinweis in Fußn.26; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S.327,337. Vgl. auch Erman-Battes, § 300 BGB Rdnr.6; Hönn, AcP 177 (1977), 385,390; Medicus, JuS 6 (1966), 297, 302.

einer Holschuld die Ware bereitlegt und den Käufer zur Abholung auffordert, dann hat er seine Leistung allenfalls vorbereitet. Solange er die Ware dem abholenden Käufer noch nicht übergeben hat, hat er das seinerseits Erforderliche noch nicht getan. Wenn der Verkäufer nicht leisten konnte, weil der Käufer nicht kam, um die Ware abzuholen, dann ist der Verkäufer d e s - h a l b entlastet (§ 300 II BGB), weil er den Käufer in Annahmeverzug (§ 295 BGB) gesetzt hat. Letzteres aber ist ein von § 243 II BGB zu unterscheidendes Prinzip.

III. Kein Konkretisierungserfordernis bei Totalunmöglichkeit.

Eine Konkretisierung ist dann nicht erforderlich, wenn sich die Unmöglichkeit auf die gesamte Gattung¹⁾ oder bei einer beschränkten Gattungsschuld auf den gesamten Vorrat²⁾ erstreckt. In diesen Fällen hat der Schuldner sein Vermögen nicht nach § 279 BGB zu vertreten, da die Leistung aus der Gattung unmöglich ist. Er wird nach § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei³⁾.

Die Preisgefahr geht bei Totalunmöglichkeit nach § 324 II BGB auf den Käufer über, ohne daß es einer vorherigen Konkretisierung bedarf. Mit dem Untergang der gesamten Gattung bzw. des gesamten Vorrats steht auch ohne Konkretisierung fest, daß die in dem Vorrat enthaltene Ware untergegangen ist.

Eine solche Totalunmöglichkeit lag der folgenden Entscheidung des RG⁴⁾ zugrunde. Die Parteien hatten sich über den Kauf von Kakaoschalenpulver geeinigt. Nachdem der Käufer eine Teilmenge abgenommen hatte, forderte ihn der Verkäufer mehrfach auf, den noch ausstehenden Teil der ersten Lieferung und die zweite Lieferung abzunehmen. Der Käufer verweigerte die Abnahme. Anschließend wurde der Handel mit Kakaoschalenpulver allgemein untersagt.

Der Verkäufer erhob Klage auf Zahlung des Kaufpreises. Das RG hielt die Revision des Verkäufers gegen das klageabweisende Urteil des OLG Hamburg für begründet. Das klageabweisende Urteil des OLG Hamburg wurde aufgehoben, und die Sache wurde zur Aufklärung im Tatsächlichen an das OLG zurückverwiesen.

1. Siehe BGH WM 29 (1975), 917, 920; Palandt-Heinrichs, § 300 BGB Anm. 3a, § 324 BGB Anm. 5; v. Staudinger-Kaduk, § 324 BGB Rdnr. 52; Vathis, S. 69; Schröder, MDR 27 (1973), 466.

2. Siehe Larenz, Bd. 1, § 11 I, S. 129; Palandt-Heinrichs, § 300 BGB Anm. 3b. Vgl. auch Vathis, S. 68 f.

3. Siehe Erman-Battes, § 300 BGB Rdnr. 5; RGRK-Alff, § 300 BGB Rdnr. 5; Soergel-Schmidt, § 300 BGB Rdnr. 3.

4. RGZ 103, 13.

Das RG führte aus, der Verkäufer könne nach § 324 II BGB den Kaufpreis verlangen. Infolge des allgemeinen Handelsverbotes sei dem Verkäufer die Lieferung des Kakaoschalenpulvers nachträglich unmöglich geworden. In diesem Zeitpunkt habe sich der Käufer bereits im Annahmeverzug befunden. Denn der Käufer sei durch die Aufforderung des Verkäufers, den Kakao abzunehmen, in Gläubiger- und Schuldnerverzug geraten. Für den Eintritt des Gläubiger verzugs habe das wörtliche Angebot des Verkäufers genügt, weil der Käufer die Annahme der Lieferung abgelehnt habe (§ 295 BGB). Die Vorinstanz hatte die Ansicht vertreten, die Leistung s gefahr sei nicht nach § 300 II BGB auf den Käufer übergegangen, da es nicht zur Konkretisierung gekommen sei. Dem hielt das RG entgegen, auf § 300 II BGB komme es im vorliegenden Fall gar nicht an. Vielmehr liege der Tatbestand des § 324 II BGB klar zutage. Das Handelsverbot sei ein Umstand, den weder der Käufer noch der Verkäufer zu vertreten habe. Es habe die Leistung des Verkäufers unmöglich gemacht und sei zu einer Zeit erfolgt, als sich der Käufer im Annahmeverzug befunden habe. Daher stehe dem Verkäufer der Anspruch auf den Kaufpreis zu (§ 324 II BGB).

IV. Die Voraussetzungen der Konkretisierung nach § 300 II BGB.

Die Konkretisierung nach § 300 II BGB setzt voraus, daß der Verkäufer dem Käufer die Ware anbietet. Fraglich ist, welche zusätzlichen Voraussetzungen außer dem Angebot des Verkäufers, das den Verzugseintritt herbeiführt, erfüllt sein müssen, damit nach § 300 II BGB die Konkretisierung eintritt.

1. Das tatsächliche Angebot (§ 294 BGB).

Der Verzugseintritt nach §§ 293, 294 BGB setzt voraus, daß der Verkäufer dem Käufer die Ware tatsächlich anbietet. Es genügt nicht, daß sich der Verkäufer lediglich zur Leistung bereit erklärt. Das Angebot muß vielmehr so sein, daß der Käufer nichts weiter zu tun braucht als zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen¹⁾. Das Angebot ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein Real-

1. So RGZ 109, 324, 328.

akt. Dieses tatsächliche Angebot genügt zugleich den Anforderungen des § 300 II BGB¹⁾.

2. Das wörtliche Angebot (§ 295 BGB).

Der Käufer kommt nach §§ 293, 295 BGB in Annahmeverzug, wenn ihm der Verkäufer die Ware wörtlich anbietet. Zum Verzugseintritt bedarf es keiner Aussonderung der Ware durch den Verkäufer²⁾. Umstritten ist, inwieweit die Konkretisierung nach § 300 II BGB voraussetzt, daß der Verkäufer die Ware aussondert und davon dem Käufer Mitteilung macht.

a. Die Rechtsprechung.

In der Entscheidung RGZ 57, 402 geriet der Gattungskäufer nach § 295,1

2. Alt. BGB in Annahmeverzug, indem er die erforderliche Abnahmeverfügung an den Verkäufer nicht erteilte. Das RG³⁾ vertrat die Ansicht, § 300 II BGB verlange nicht nur die Ausscheidung aus der Gattung, sondern auch ein Anbieten. Das Angebot nach § 300 II BGB könne auch ein wörtliches im Sinne von § 295 BGB sein. Es müsse allerdings dem Käufer erkennbar machen, daß die Ausscheidung stattgefunden habe und daß die ausgeschiedene Sache ihm angeboten werde. Aus diesem Grunde verneinte das RG⁴⁾ die Voraussetzungen von § 300 II BGB. In der Mitteilung des Verkäufers an den Käufer habe jede Andeutung gefehlt, daß eine Ausscheidung stattgefunden habe. Der Käufer habe somit nicht die erforderliche Kenntnis von der Aussonderung erlangt.

Der Entscheidung BGH WM 29 (1975), 917 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Verkäufer, ein türkischer Weinexporteur, und der Käufer, eine deutsche Weinhandlung, einigten sich über den Kauf von 6000 hl trockenem Weißwein, Jahrgang 1969, aus dem Anbaugebiet von Izmir. Die Firma H. teilte als deutsche Generalvertreterin des Verkäufers dem Käufer mit, der Verkäufer habe

1. So Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 338.
2. So Bachmann, S.15; Palandt-Heinrichs, § 295 BGB Anm.1, § 297 BGB Anm.2; v.Staudinger-Werner, § 295 BGB Rdnr. 10.
3. RGZ 57, 402, 404.
4. RGZ 57, 402, 405. Vgl. dazu Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S.327,339, der auf den Sachverhalt von RGZ 57, 402 den § 296 BGB anwenden will. Da eine Absonderung erfolgt sei, habe die Konzentration nach § 300 II BGB stattgefunden.

den Wein angeschafft und bitte um Bekanntgabe des Abruftermins. Der wiederholten Aufforderung des Verkäufers an den Käufer, die Abnahmeerklärung und Verladeanweisung zu geben, kam der Käufer nicht nach. Der Verkäufer erhob Klage auf Zahlung des Kaufpreises. Der BGH rügte die Ansicht des Berufungsgerichts, für den geltend gemachten Kaufpreisanspruch (§ 433 II BGB) komme es nicht darauf an, ob der Verkäufer noch über den Wein verfüge. Diese Ansicht der Vorinstanz sei nicht frei von Rechtsirrtum, da der Verkäufer bei nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Leistung den Vergütungsanspruch nicht auf jeden Fall behalten habe. Grundsätzlich stehe dem Verkäufer nach § 323 I BGB kein Vergütungsanspruch zu. Weiter führte der BGH¹⁾ aus: Im vorliegenden Fall handele es sich um eine Gattungsschuld, bei der der Verkäufer sein Unvermögen nach § 279 BGB zu vertreten habe. Der Verkäufer sei nur dann von seiner Leistungspflicht freigeworden, wenn eine Konkretisierung (§ 243 II BGB) erfolgt sei. Daß der Verkäufer den Wein angeschafft habe, erlaube nicht, mit Sicherheit auf eine Aussonderung der 6000 hl zu schließen. Der BGH²⁾ verneinte den Übergang der Leistungsgefahr auf den Käufer nach § 300 II BGB. Der Käufer sei durch das wörtliche Angebot des Verkäufers nach § 295 BGB in Verzug gekommen, da er seiner Mitwirkungspflicht bei der Abnahme des Weines nicht nachgekommen sei. § 295 BGB setze im Unterschied zu § 324 II BGB bei Gattungsschulden nicht voraus, daß vor oder gleichzeitig mit dem Annahmeverzug die Konkretisierung stattfinde. Hingegen sei den Erfordernissen des § 300 II BGB erst genügt, wenn der Verkäufer außer dem wörtlichen Angebot noch die Aussonderung vorgenommen habe³⁾. Tatsächliche Feststellungen, ob der Verkäufer die 6000 hl Wein ausgesondert habe, seien nur dann nicht erforderlich, wenn die gesamte Gattung untergegangen sei. Eine Totalunmöglichkeit sei jedoch nicht behauptet worden.

Der BGH stellte an die Tatbestandserfüllung des § 300 II BGB geringere Anforderungen als das RG. Das RG verlangte, daß die Ausscheidung v o r dem

1. BGH WM 29 (1975), 917, 919.

2. BGH WM 29 (1975), 917, 920.

3. So BGH WM 29 (1975), 917, 920 unter Berufung auf Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1: Allgemeiner Teil, 10.Aufl. München 1970, § 25 II b, S. 289 und unter Berufung auf Palandt-Heinrichs, 33.Aufl. München 1974, § 300 BGB Anm. 3 a und c.

wörtlichen Angebot stattgefunden habe und daß der Verkäufer in seinem Angebot den Käufer auf die erfolgte Ausscheidung hinweise. Ohne auf RGZ 57, 402 einzugehen, begnügte sich der BGH damit, daß der Verkäufer neben dem wörtlichen Angebot die Ware aussondere. Dadurch werde in ausreichendem Maße deutlich, welche Ware Kaufgegenstand sei.

b. Die Literatur.

Ein Teil der Literatur¹⁾ ist der Entscheidung RGZ 57,402 gefolgt. Beim Annahmeverzug nach § 295 BGB setze § 300 II BGB nicht nur voraus, daß der Verkäufer die Ware aus der Gattung aussondere, sondern auch, daß er in seiner Mitteilung an den Käufer auf die bereits erfolgte Aussonderung hinweise. Im Vordringen befindlich ist jedoch die Meinung von Larenz²⁾, der sich der BGH³⁾ und ein großer Teil der Literatur⁴⁾ angeschlossen haben. Danach erfordert § 300 II BGB nicht, daß die Aussonderung der Mitteilung zeitlich vorausgeht und daß die Mitteilung dem Käufer die erfolgte Aussonderung erkennbar macht. Dieser Meinungsstreit bezieht sich nur auf den Zeitpunkt der Aussonderung und auf den Inhalt der Mitteilung an den Käufer. Einigkeit besteht jedoch darin, daß der § 300 II BGB die Aussonderung überhaupt voraussetzt⁵⁾. § 300 II BGB verlangt, daß die Sache dem Käufer so angeboten wird, daß sie unzweideutig identifiziert ist. Andernfalls kann sich die Lieferpflicht nicht auf eine bestimmte Sache beschränken⁶⁾. Nur eine Mindermeinung⁷⁾ sieht in der Aussonderung keine Voraussetzung des § 300 II BGB.

1. So v.Caemmerer, JZ 1951, 740,745; RGRK-Alff, § 300 BGB Rdnrn. 5 f.; Soergel-Schmidt, § 300 BGB Rdnr.3; Vathis, S.68 mit Fußn.190. Siehe auch Hönn, AcP 177 (1977), 385,390 Fußn. 22 m.w.Nachw.

2. Larenz, Bd.1, § 25 II b, S. 322 insbes. Fußn. 2.

3. BGH WM 29 (1975), 917, 920.

4. So Würdinger/Röhrich in Großkommentar, vor § 373 HGB Anm.110, die unter Berufung auf Larenz die Ansicht der Voraufgabe aufgegeben haben; Palandt-Heinrichs, § 300 BGB Anm. 3c cc; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 338 insbes. Fußn. 30.

5. Siehe Bachmann, S. 15 f. Fußn.61 m.w.Nachw.; Esser-Schmidt, Bd.1, Teilbd.1, § 23 I 2.1, S.258; Fikentscher, § 28 III 4 c, S.131; Westermann, JA 10 (1978), 481,483. Zu Recht bezeichnet Hönn, AcP 177 (1977), 385,390 Fußn. 21 die Ausführungen bei v.Staudinger-Werner, § 300 BGB Rdnr.14 als "verwirrend".

6. So Erman-Battes, § 300 BGB Rdnr.7; ebenso Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 338.

7. Siehe Schröder, MDR 27(1973),466 ff.;vgl.dazu die Erwiderung von Hönn,AcP 177 (1977),385,391 ff. Wolf, Bd.1, § 9 K III 1, S.521 Fußn.247 verneint unter Berufung auf Larenz, Bd.1,§ 25 II b,S.322 das Erfordernis der Aussonderung. Larenz bejaht aber gerade die Notwendigkeit der Aussonderung für § 300 II BGB.

3. Das überflüssige Angebot (§ 296 BGB).

Vereinbaren die Parteien für die Mitwirkungshandlung des Käufers einen Zeitpunkt, so kommt der Käufer nach § 296 BGB in Verzug, ohne daß es eines wörtlichen Angebots (§ 295 BGB) durch den Verkäufer bedarf. Ob dann ohne Angebot die Voraussetzungen des § 300 II BGB erfüllt sind, ist umstritten¹⁾. Nach seinem Wortlaut setzt § 300 II BGB ein Angebot voraus²⁾. Andererseits erklärt § 296 BGB das Angebot für überflüssig im Hinblick auf den Eintritt des Annahmeverzugs. Fraglich ist, ob sich die Überflüssigkeit des Angebots nach § 296 BGB auf § 300 II BGB erstreckt. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 296 BGB läßt sich die Überflüssigkeit des Angebots auch auf § 300 II BGB beziehen. Somit erfolgt die Konkretisierung nach § 300 II BGB beim Annahmeverzug nach § 296 BGB ohne wörtliches Angebot³⁾. Voraussetzung bleibt allerdings, daß eine Aussonderung stattgefunden hat⁴⁾.

-
1. Dies bejahen Larenz, Bd. 1, § 25 II b, S. 322 insbes. Fußn. 1; Hönn, AcP 177 (1977), 385, 389; Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 339. Dies verneinen Bachmann, S. 16 f.; Erman-Battes, § 300 BGB Anm. 7; v. Staudinger-Werner, § 300 BGB Rdnr. 12 m.w.Nachw.
 2. So v. Caemmerer, JZ 1951, 740, 745; ebenso Cuno, S. 43.
 3. Siehe Huber in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 327, 339; ferner Hönn, AcP 177 (1977), 385, 389; Larenz, Bd.1, § 25 II b, S. 322.
 4. Siehe RG JW 54 (1925), 470.

D R I T T E R T E I L .

DIE GEFahrTRAGUNG IM AMERIKANISCHEN KAUFRECHT.

ERSTER ABSCHNITT.

DER BEGRIFF DER GEFahrTRAGUNG IM AMERIKANISCHEN RECHT.

Was Gefahrtragung (risk of loss) im früheren Uniform Sales Act (§ 22) bedeutete bzw. was darunter im heutigen Uniform Commercial Code (§§ 2-509 und 2-510) zu verstehen ist, wird am deutlichsten, wenn man sich die Rechtsfolgen vor Augen hält, die sich aus der Gefahrtragung für den Verkäufer und für den Käufer ergeben: Daß der Verkäufer im Zeitpunkt des zufälligen Untergangs der Ware die Gefahr getragen hat, heißt nichts anderes, als daß er dem Käufer grundsätzlich wegen Nichtlieferung schadensersatzpflichtig ist, es sei denn, daß er dem Käufer eine Ersatzlieferung für die untergegangene Ware andient. Nur ausnahmsweise - unter den engen Voraussetzungen des § 2-613 UCC (Casualty to Identified Goods)¹⁾ - wird der (die Gefahr tragende) Verkäufer bei vollständigem Untergang der Ware von seiner Lieferpflicht frei²⁾. - Daß der Käufer im Zeitpunkt des zufälligen Untergangs die Gefahr getragen hat, bedeutet andererseits, daß er nach § 2-709 UCC (Action for the Price) zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, ohne die Ware erhalten zu haben.

Die Gefahrtragung setzt begrifflich voraus, daß die Ware durch Z_u_f_a_l_l (by accident) untergeht³⁾. Weder den Verkäufer noch den Käufer darf ein Verschulden (fault) am Untergang treffen. Geht die Ware infolge Fahrlässigkeit (negligence) eines Vertragsteils unter, so hat dieser Teil den Verlust (loss) zu tragen⁴⁾. Bei v_e_r_s_c_h_u_l_d_e_t_e_m Untergang finden die Gefahrtragungsvorschriften keine Anwendung. Wenn der Verkäufer den Un-

1. Zu den engen Voraussetzungen und somit zum eingeschränkten Anwendungsbereich des § 2-613 UCC (Casualty to Identified Goods) siehe unten S. 43 f.
2. So White und Summers, S. 134 insbes. Fußn. 1.
3. Siehe Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 303 f. insbes. Fußn. 60.
4. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 301, S. 214.

tergang zu vertreten hat, dann haftet er dem Käufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Von dieser Verpflichtung wird er nur frei, wenn die Voraussetzungen besonderer Befreiungsgründe (excuse from performance) vorliegen¹⁾. Im Common Law waren es die Grundsätze der "frustration of contract obligation"²⁾, nach denen sich das Freiwerden des Verkäufers im Falle des Untergangs der Waren beurteilte. Im Uniform Commercial Code sind die Befreiungsgründe in den §§ 2-613 bis 2-615 geregelt. § 2-613 UCC (Casualty to Identified Goods) sieht die Befreiung des Verkäufers bei zufälligem Untergang konkretisierter Waren vor. Dem entsprachen im Uniform Sales Act der § 7 (Destruction of Goods Sold) und der § 8 (Destruction of Goods Contracted to be Sold).

Während bei verschuldetem Untergang die Gefahrtragungsvorschriften keine Anwendung finden, schließt der Vertragsbruch des Käufers die Anwendung der Gefahrtragungsregeln nicht aus³⁾. Vielmehr gilt beim Vertragsbruch des Käufers die spezielle Gefahrtragsregel des § 2-510 (3) UCC; im Uniform Sales Act regelte § 22 (b) den Einfluß der Lieferverzögerung durch den Käufer auf die Gefahrtragung. Allerdings haben die Gerichte nicht immer mit der gebotenen Schärfe zwischen dem Kaufpreisanspruch (action for the price), d.h. der Gefahrtragung einerseits, und dem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer wegen Vertragsbruches (breach of contract), d.h. der vertraglichen Haftung andererseits, unterschieden⁴⁾.

A. DIE BEFREIUNG DES VERKÄUFERS BEI TOTALUNTERGANG.

1. Common Law und §§ 7 (1) und 8 (1) USA.

Zu unterscheiden war, ob die Ware v o r oder n a c h Vertragsschluß vollständig untergegangen war. Bei Untergang v o r Vertragsschluß fand § 7 (1) USA (Total Destruction of Goods Sold) Anwendung. Danach war der Kaufvertrag über individuell bestimmte Waren (specific goods) ex tunc nichtig (void), wenn die Waren ohne Wissen der Parteien v o r dem Vertragsschluß untergegangen

1. Siehe Nordstrom, S. 324 ff.

2. Siehe Vold, Sales, 2. Aufl., S. 227.

3. So White und Summers, S. 149 f.

4. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 324.

waren. Im Common Law¹⁾ ergab sich das aus den Grundsätzen der Unmöglichkeit der Leistung (impossibility of performance)²⁾ und des beiderseitigen Irrtums (mutual mistake).

Wenn die individualisierte Ware n_a_c_h Vertragsschluß, aber vor dem Gefahrübergang auf den Käufer untergegangen war, dann fand § 8 (1) USA (Total Destruction of Goods Contracted to be Sold) Anwendung. Danach führte der vollständige Untergang der Ware zur Nichtigkeit des Kaufvertrages ex nunc. Im Common Law³⁾ wurde der Verkäufer durch Unmöglichkeit (impossibility) von seiner Leistungspflicht frei. Da somit die Gegenleistung des Verkäufers (failure of consideration) entfiel, wurde der Käufer von seiner Zahlungspflicht befreit (excused).

11. § 2-613 (a) UCC (Casualty to Identified Goods).

Solange der Verkäufer die Gefahr trägt, ist er dem Käufer im Falle des zufälligen Untergangs der Ware grundsätzlich zum Schadensersatz wegen Nichtlieferung verpflichtet, es sei denn, er dient dem Käufer für die untergegangenen Waren eine Ersatzlieferung an⁴⁾. Nur ausnahmsweise wird der Verkäufer, solange er die Gefahr des vollständigen - zufälligen - Untergangs trägt, von der vorgenannten Verpflichtung frei, nämlich unter den engen Voraussetzungen des § 2-613 (a) UCC (Casualty to Identified Goods: Total Loss). § 2-613 (a) UCC setzt voraus, daß der Verkäufer den Fortbestand der konkretisierten (identified) Waren in einwandfreiem Zustand garantiert hat⁵⁾.

1. Siehe Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 161, S. 424 f. Fußn. 6 und 9 mit Entscheidungsnachweisen.
2. Siehe Nordstrom, S. 326 insbes. Fußn. 42.
3. Siehe Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 164, S. 429 f. mit zahlreichen Entscheidungsnachweisen in Fußn. 4 ff. Siehe auch Hawkland, Sales, S. 109.
4. Siehe White und Summers, S. 134 am Ende; vgl. schon oben S. 41.
5. Siehe § 2-613 UCC: "Where the contract requires for its performance goods identified when the contract is made, ..." (Unterstreichung vom Verfasser). Siehe auch Official Comment, § 2-613 UCC Anm. 1: "... goods whose continued existence is presupposed by the agreement ..."; Anm. 2: "..., the essential question in determining whether the rules of this section are to be applied is whether the seller has or has not undertaken the responsibility for the continued existence of the goods in proper condition ...". Zur Entstehungsgeschichte vgl. Nordstrom, S. 327 f. insbes. Fußn. 48.

Da es daran in der Regel fehlen wird, findet § 2-613 (a) UCC auf den gewöhnlichen Warenkauf keine Anwendung¹⁾. Beim gewöhnlichen Warenkauf bleibt der Verkäufer also zur Beschaffung einer Ersatzlieferung verpflichtet. Nur in besonders gelagerten Fällen, in denen der Kaufvertrag mit dem - einzigartigen - Kaufgegenstand gewissermaßen steht und fällt, es also keinen wirklichen Ersatz für den untergegangenen Kaufgegenstand gibt, nur in diesen Fällen wird der Verkäufer von seiner Pflicht zur Ersatzbeschaffung frei. In diesen besonders gelagerten Fällen ist dann der Vertrag bei vollständigem Untergang (total loss) des - einzigartigen - Kaufgegenstandes nach § 2-613 (a) UCC aufgelöst (avoided). Dabei ist es - anders als im früheren § 7 (1) USA bzw. § 8 (1) USA - unerheblich, ob der Kaufgegenstand vor oder nach Vertragsschluß untergegangen ist²⁾. Der Untergang (casualty) muß allerdings vor dem Gefahrübergang auf den Käufer erfolgen; oder anders ausgedrückt: Im Zeitpunkt des zufälligen Untergangs trägt der Verkäufer die Gefahr (risk of loss). Er wird aber aufgrund des § 2-613 (a) UCC - ausnahmsweise - von seiner Vertragspflicht frei.

Wenn also beispielsweise³⁾ der Verkäufer beim Vertragsschluß 5 Zentner Äpfel der Sorte "Yellow Pippins", Handelsklasse I, ausgesondert (identified) hat, außerdem aber noch weitere 5 Zentner derselben Apfelsorte auf Lager hat, dann wird er mangels besonderer Umstände nicht von seiner Lieferpflicht f r e i, falls die konkretisierten 5 Zentner Äpfel untergehen. Anders verhält es sich, wenn ein Kaufvertrag über eine individuell bestimmte, antike Vase geschlossen wurde, die in ihrer Herkunft einzigartig ist; wenn dieses einzigartige, antike Stück untergeht, dann wird der Verkäufer nach § 2-613 (a) UCC (Casualty to Identified Goods) f r e i.

1. So White und Summers, S. 134 f. FuBn. 1; ebenso N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 498 FuBn. 277; Reinecke, S. 94. Zu den übrigen Voraussetzungen des § 2-613 UCC siehe Anderson, § 2-613 UCC Anm. 4; Nordstrom, S. 327 f.
2. Siehe Official Comment, § 2-613 UCC Anm. 2. Siehe auch Anderson, § 2-613 UCC Anm. 4 insbes. FuBn. 1; Nordstrom, S. 327; Reinecke, S. 94.
3. So die Beispiele bei Bunn, Snead und Speidel, S. 123; vgl. ferner die Beispiele bei Hawkland, Sales, S. 110.

B. DIE BEFREIUNG DES VERKÄUFERS BEI TEILWEISEM UNTERGANG.

Gehen die Waren nicht vollständig, sondern nur teilweise unter oder verschlechtern sie sich, so hat der Käufer ein Wahlrecht (option)¹⁾. Er kann entweder den Kaufvertrag als aufgelöst (avoided) behandeln, oder er kann die verschlechterten Waren oder den nicht untergegangenen Rest abnehmen.

I. Common Law und §§ 7 (2) und 8 (2) USA.

Je nachdem, ob die Ware vor oder nach Vertragsschluß beschädigt oder teilweise zerstört worden war, fand § 7 (2) USA (Partial Destruction of Goods Sold)²⁾ oder § 8 (2) USA (Partial Destruction of Goods Contracted to be Sold)³⁾ Anwendung. Entschied sich der Käufer, die beschädigten oder den nicht untergegangenen Teil der Waren abzunehmen, dann war er zur Zahlung des Kaufpreises in voller Höhe verpflichtet⁴⁾.

II. § 2-613 (b) UCC (Casualty to Identified Goods).

Es kommt nicht mehr darauf an, ob die Waren vor oder nach Vertragsschluß t e i l w e i s e untergehen (partial loss) oder wesentlich beschädigt werden. Entscheidend ist vielmehr, daß das Schadensereignis vor dem Gefahrübergang auf den Käufer eintritt. Doch auch dann findet § 2-613 (b) UCC nur in demselben begrenzten Umfang Anwendung wie § 2-613 (a) UCC⁵⁾. Entscheidet sich der Käufer für die Abnahme der beschädigten Ware oder des nicht untergegangenen Teils, so ist er anders als nach §§ 7 (2) und 8 (2) USA nicht zur Zahlung in voller Höhe verpflichtet. Vielmehr mindert sich der Kaufpreisanspruch des Verkäufers im Umfang der Beschädigung oder des teilweisen Untergangs⁶⁾.

1. Siehe Vold, Sales, 2. Aufl., S.228 insbes. Fußn. 21. Siehe auch UCC Handbook, S. 62.

2. Siehe Vold, Sales, 1931, S. 116 f. mit Entscheidungsnachweisen.

3. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 164, S. 430 f. mit Entscheidungsnachweisen.

4. Zu dieser Begünstigung des Verkäufers siehe Vold, Sales, 2. Aufl., S. 228 insbes. Fußn. 24.

5. Siehe Anderson, § 2-613 UCC Anm. 6; vgl. oben S. 43 f.

6. Zur Berechnung der Minderung siehe Nordstrom, S. 329. Siehe auch Anderson, Am. Bus. L.J. 1 (1963), 84, 87.

ZWEITER ABSCHNITT.

DIE KAUFFREISKLAGE IM COMMON LAW UND NACH § 63 (1) USA
(Action for the Price)¹⁾.

Im Common Law und nach § 63 (1) USA (Action for the Price) konnte der Verkäufer gegen den Käufer auf Zahlung des Kaufpreises klagen, vorausgesetzt, daß der Käufer die Zahlung verweigerte und daß das Eigentum an der Ware auf den Käufer übergegangen war²⁾. Unter diesen Voraussetzungen stand dem Verkäufer die Kaufpreisklage selbst dann offen, wenn der Käufer die Abnahme der Waren verweigerte³⁾, das Eigentum aber gleichwohl auf den Käufer übergegangen war. Wenn die Zahlung des Kaufpreises unter der Bedingung (condition) stand, daß der Verkäufer die Ware dem Käufer anliefern sollte, dann konnte der Verkäufer ohne die Anlieferung keinen Kaufpreis beanspruchen⁴⁾, selbst wenn der Käufer - auch ohne die Anlieferung - bereits Eigentümer der Ware geworden war. Nur ausnahmsweise hatte der Verkäufer dann auch ohne die Anlieferung den Kaufpreisanspruch, nämlich wenn die Waren untergegangen oder er auf sonstige Weise von seiner Pflicht zur Anlieferung befreit (excused) worden war.

Nach der Common Law Regel⁵⁾ zahlreicher amerikanischer Einzelstaaten war

1. Teil V des Uniform Sales Act: Actions for Breach of the Contract; Remedies of the Seller; § 63 (Action for the Price):

(1) Where, under a contract to sell or a sale, the property in the goods has passed to the buyer, and the buyer wrongfully neglects or refuses to pay for the goods according to the terms of the contract or the sale, the seller may maintain an action against him for the price of the goods.

2. Siehe Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 560 a, S. 196 f. insbes. Fußn. 5.

3. Siehe Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 561 (Entscheidungsnachweise in Fußn. 20), S. 200.

4. Vgl. Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331, 336 (1868): Das Gericht entschied, erst mit Eintritt der Lieferung sei der Käufer zur Zahlung verpflichtet gewesen. McNeal v. Braun, 53 N.J.L. 617, 627, 23 A. 687, 690 (1892): Der Kaufpreisanspruch des Verkäufers stehe unter der aufschiebenden Bedingung (condition precedent), daß der Verkäufer seiner Lieferverpflichtung nachkomme.

5. Siehe Roswell Nursery Co. v. Mielenz, 18 N.M. 417, 422, 137 P. 579, 580 (1913): Wenn der Käufer vor dem Eigentumsübergang den Vertrag breche, so habe der Verkäufer keinen Kaufpreisanspruch, sondern einen Schadensersatzanspruch. Siehe auch Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 566, S. 207 Fußn. 8.

die Kaufpreisklage (action for the price) unbegründet, solange der Käufer nicht Eigentümer der Ware geworden war. Auch § 63 (1) USA (Action for the Price) setzte grundsätzlich den Eigentumsübergang voraus.

In anderen Einzelstaaten, wie beispielsweise in New York, California, Illinois, Iowa, New Hampshire und Ohio, wurde dem Verkäufer der Kaufpreis auch dann zugesprochen, wenn das Eigentum nicht auf den Käufer übergegangen war¹⁾. Die Rechtsprechung war in dieser Frage geteilt. Nach § 63 (3) USA (Action for the Price)²⁾ konnte der Verkäufer unter bestimmten Voraussetzungen - nämlich wenn die Ware nicht leicht verkäuflich war - auch dann auf den Kaufpreis klagen, wenn das Eigentum nicht auf den Käufer übergegangen war. Ein solcher Kaufpreisanspruch ohne Eigentumsübergang setzte ferner voraus, daß der Verkäufer die Ware dem Käufer angeboten und daß der Käufer die Annahmepflichtwidrig verweigert hatte. Weiter war Voraussetzung, daß der Verkäufer als Verwahrer (bailee) die Ware für den Käufer bereitgehalten hatte³⁾. Denn dadurch galt das Eigentum - trotz der Abnahmeverweigerung des Käufers - als auf diesen übergegangen⁴⁾.

1. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 42 insbes. Fußn. 302 f.

2. Teil V des Uniform Sales Act: Actions for Breach of the Contract; Remedies of the Seller; § 63 (Action for the Price):

(3) Although the property in the goods has not passed, if they cannot readily be resold for a reasonable price, and if the provisions of section 64 (4) are not applicable, the seller may offer to deliver the goods to the buyer, and, if the buyer refuses to receive them, may notify the buyer that the goods are thereafter held by the seller as bailee for the buyer. Thereafter the seller may treat the goods as the buyer's and may maintain an action for the price.

Der in § 63 (3) USA zitierte § 64 USA betraf: Action for Damages for Non-Acceptance of the Goods.

Vgl. auch § 3551 des Georgia Code von 1895 - siehe dazu unten S. 69 Fußn. 1 -, der ähnlich wie § 63 (3) USA dem Verkäufer die Kaufpreisklage ohne vorherigen Eigentumsübergang auf den Käufer eröffnete.

3. Daran scheiterte der Kaufpreisanspruch des Verkäufers in den folgenden Entscheidungen: Pittsburgh, C., & St.L.Ry.Co. v. Heck, 50 Ind. 303, 305, 19 Am. Rep. 713, 714 f. (1875): Der Verkäufer habe keinen Kaufpreisanspruch, da er nicht nach außen erkennbar die Waren als Eigentum des Käufers behandelt habe. Philipps-Jones Co. v. Blackstock, 23 Ga. App. 574, 576, 99 S.E. 48, 49 (1919): Anstatt die Waren für die Käufer bereitzuhalten, führte der Verkäufer die Lieferung durch, obwohl der Käufer zuvor den Rücktritt erklärt hatte. Siehe auch Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 562, S. 201 f. Fußn. 10.

4. Vgl. Hayden v. Demets, 53 N.Y. 426, 431 (1873) (aff'd 34 N.Y. Super. Ct. 344): Mit dem Lieferangebot (tender of delivery) des Verkäufers gelte das Eigentum als auf den Käufer übergegangen. Der Verkäufer halte das Eigentum als Treuhänder (trustee) für den Käufer und habe daher einen Kaufpreisanspruch. Siehe auch Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 566, S. 207.

In der Entscheidung Neal Bros. & Co. v. Shewalter¹⁾ verneinte das Gericht einen Kaufpreisanspruch der Verkäufer. Die Verkäufer hatten sich zur Lieferung von Fässern an der Mühle der Käufer verpflichtet. Bevor die Verkäufer die Fässer zur Mühle geschafft hatten, verweigerten die Käufer die Abnahme. Daraufhin hielten die Verkäufer die Fässer für mehrere Monate zur Lieferung bereit. Anschließend brachten sie die Fässer in einem Lagerraum unter, wo ein Teil der Fässer verbrannte. Die Verkäufer erhoben Klage auf den Wert (value) der Fässer. Das Gericht entschied, das Eigentum an den Fässern sei nicht auf die Käufer übergegangen²⁾. Denn die Verkäufer hätten die Fässer nicht an der Mühle zur Lieferung angeboten³⁾. Da die Verkäufer auch nicht als Verwahrer die Fässer für die Käufer bereitgehalten hätten (did not place themselves in the position of bailees)⁴⁾, stehe ihnen kein Anspruch auf den Wert (value) der verbrannten Fässer zu⁵⁾. Die Verkäufer hätten lediglich Anspruch auf die Differenz zwischen dem Kaufpreis (contract price) und dem Marktpreis (market price).

1. 5 Ind. App. 147, 31 N.E. 848 (1892).
2. 5 Ind. App. 147, 153, 31 N.E. 848, 850 (1892).
3. Anders die Entscheidung Dobbins v. Edmonds, 18 Mo. App. 307, 320 (1885): Da die Waren am Mühlenwerk der Käufer geliefert worden seien, sei die Gefahr auf die Käufer übergegangen.
4. 5 Ind. App. 147, 154-55, 31 N.E. 848, 851 (1892).
5. Vgl. McNeal v. Braun, 53 N.J.L. 617, 625, 23 A. 687, 690 (1892): Zwar erreichte die Warenladung den Bestimmungsort. Sie ging jedoch unter, bevor der Käufer die Ladung löschen konnte. Das Gericht entschied, es fehle an einer Lieferung und der Verkäufer habe keinen Kaufpreisanspruch.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG IM COMMON LAW UND NACH § 22 USA (RISK OF LOSS) OHNE VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER.

A. DIE BINDUNG DER GEFAHR AN DAS EIGENTUM.

1. Das Common Law.

Vor Beginn dieses Jahrhunderts war das synallagmatische Verhältnis von Leistungs- und Gegenleistungsversprechen (mutual promises) beim zweiseitigen Vertrag (executory bilateral contract) dogmatisch nicht hinreichend erfaßt¹⁾. Die Frage, ob die Unmöglichkeit (impossibility) der Leistung den einen Vertragsteil von seinem Leistungsversprechen befreite (excuse from performance), zugleich aber die Gegenleistungsverpflichtung (counterpromise) des anderen Vertragsteils fortbestehen ließ, stellte sich erst in diesem Jahrhundert²⁾. Zuvor beherrschte der Grundsatz "res perit domino"³⁾ die Gefahrtragung. Danach trug der Eigentümer der Waren die Gefahr des zufälligen Untergangs⁴⁾. Bis zum Eigentumsübergang trug der Verkäufer die Gefahr. Wenn die Waren vor der Übereignung untergegangen waren, wurde der Käufer von der Zahlung des Kaufpreises frei. Hatte er den Kaufpreis bereits gezahlt, so stand ihm ein Rückzahlungsanspruch zu.

Mit dem Eigentum ging die Gefahr auf den Käufer über⁵⁾. Der Käufer war dann trotz des Untergangs zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Das

1. Siehe Corbin on Contracts, § 1320, S. 322 f.
2. Siehe Williston on Contracts, § 962, S. 434 insbes. Fußn. 2.
3. Siehe Geoghegan Sons & Co. v. Arbuckle Bros., 139 Va. 92, 112, 123 S.E. 387, 393 (1924). Siehe auch Williston on Contracts, § 962, S. 434 insbes. Fußn. 1.
4. So McConihe v. New York & E.R.R. Co., 20 N.Y. 495, 497, 75 Am. Dec. 420, 421 f. (1859); Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331, 337 (1868); Seeligson v. Philbrick, 30 F. 600, 601 (S.D. Florida 1886). Ebenso die englischen Entscheidungen Tarling v. Baxter, 6 B.&C. 360, 364, 108 Eng. Rep. 484, 486 (Bayley, J.) (K.B. 1827); Martineau v. Kitching, L.R. 7 Q.B. 436, 451 (1872) (Cockburn, C.J.). Siehe auch Bender's UCC Service, Bd. 3 A, § 8.02 (1), S. 8-4 f.; Vold, Sales, 2. Aufl., S. 225 Fußn. 1; Llewellyn, N.Y.U.L.Q. Rev. 15 (1938), 159, 182 f. Fußn. 41; Whiteside, Ky. L.J. 49 (1960), 165, 173 Fußn. 37.
5. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 295 und 309 f.

galt auch dann, wenn der Kaufvertrag Zahlung erst bei Lieferung vorsah und wenn es infolge des Untergangs nicht mehr zur Lieferung kam. Der Zeitpunkt der Lieferung bestimmte nur, wann der Kaufpreisanspruch fällig wurde. Die Lieferung war keine Bedingung (condition), von deren Eintritt die Entstehung des Kaufpreisanspruchs abhängen sollte¹⁾.

II. § 22 USA (Risk of Loss)²⁾.

Der in zahlreichen Einzelstaaten³⁾ eingeführte Uniform Sales Act bekannte sich wie das Common Law zum Eigentumskonzept. Nach § 22 USA ging die Gefahr mit dem Eigentum auf den Käufer über⁴⁾, unabhängig davon, ob die Lieferung erfolgt oder nicht erfolgt war⁵⁾. Vom Zeitpunkt des Eigentumsübergangs trug der Käufer die Gefahr⁶⁾.

III. Die vertragliche Gefahrtragungsvereinbarung.

Im Common Law⁷⁾ wie auch nach § 22 USA⁸⁾ stand es den Parteien frei, eine Gefahrtragungsvereinbarung zu treffen. Sie konnten dadurch die Gefahrtra-

-
1. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 301, S. 215 mit Entscheidungsnachweisen in Fußn. 7.
 2. § 22 USA (Risk of Loss):
Unless otherwise agreed, the goods remain at the seller's risk until the property therein is transferred to the buyer, but when the property therein is transferred to the buyer the goods are at the buyer's risk whether delivery has been made or not, except that -
(b) Where delivery has been delayed ... (Fortsetzung siehe unten S. 71 Fußn. 1).
 3. Siebenunddreißig Einzelstaaten ratifizierten den Uniform Sales Act.
Siehe die Übersicht in: U.L.A., Bd. 1, S. XV.
 4. Siehe Goedeker v. Peter Kiewit Sons' Co., 171 Neb. 532, 537, 106 N.W. 2d 679, 682 (1960).
 5. Siehe Nordstrom, S. 376 f. insbes. Fußn. 8 f.; Vold, Sales, 1931, S. 118 Fußn. 4; King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 274.
 6. Siehe Wing v. Mid-Continent Seeds, Inc., 170 Kan. 242, 246 f., 225 P.2d 78, 82 (1950). Siehe auch Pope, Ark. L.Rev. 28 (1975), 508, 509; Ruprecht, RabelsZ 19 (1954), 427, 438 insbes. Fußn. 41.
 7. Siehe Williston, Harv.L.Rev. 9 (1895), 106, 107 Fußn. 1.
 8. § 22 USA (Risk of Loss): Unless otherwise agreed,...

gung unabhängig vom Eigentumsübergang regeln¹⁾. So konnte sich der Verkäufer verpflichten, auch nach der Übereignung der Waren die Gefahr zu tragen²⁾. Ebenso konnte der Käufer die Gefahrtragung übernehmen, bevor das Eigentum auf ihn übergegangen war³⁾.

B. DER EIGENTUMSÜBERGANG IM COMMON LAW UND IM UNIFORM SALES ACT.

Die Gefahr ging im Common Law und nach § 22 USA (Risk of Loss) mit dem Eigentum über. Die Regeln für den Eigentumsübergang bestimmten somit zugleich den Zeitpunkt des Gefahrübergangs⁴⁾. Im Common Law des späten⁵⁾ neunzehnten Jahrhunderts richtete sich der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs nach den Absichten der Parteien (intentions of the parties)⁶⁾. Das galt sowohl beim einseitigen (unilateral)⁷⁾ als auch beim zweiseitigen⁸⁾ Vertrag (bilateral contract)⁹⁾. § 18 (1) USA (Property in Specific Goods Passes When Parties so Intend) erkannte den Partei w i l l e n

1. Vgl. Martineau v. Kitching, L.R. 7 Q.B. 436, 455 (1872) (Blackburn, J.): "... where the parties have stipulated that the risk shall be on one side, it matters not whether the property had passed or not."
2. Siehe Williston on Contracts, § 963, S. 443 ff.
3. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 302, S. 215.
4. Siehe White und Summers, S. 135 Fußn. 2.
5. Vgl. zum früheren Common Law Williston on Sales, überarb. Aufl., § 260, S. 6 ff.
6. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.02 (2), S. 8-9 ff.; Nordstrom, S. 374 insbes. Fußn. 2; Duesenberg, Mo. L. Rev. 30 (1965), 191, 193 f.; Kidd, Wyo.L.J. 14 (1959), 25.
7. Beim "unilateral contract" bestand die Gegenleistung (consideration) nicht in einem Versprechen (promise) zu leisten, sondern die Leistung selbst wurde erbracht (z.B. die Zahlung des Kaufpreises).
8. Beim "bilateral contract" wurde ein Gegenversprechen (counter-promise) als "consideration" gegeben.
9. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 261, S. 9 mit Entscheidungsnachweisen in Fußn. 1.

als für den Zeitpunkt der Übereignung maßgeblich an. Wie § 18 (2) USA (Property in Specific Goods Passes When Parties so Intend) hervorhob, kam es dabei auf den nach außen erkennbar gewordenen Parteiwillen an¹⁾, der sich in den Vertragsbedingungen, dem Verhalten der Parteien, dem Handelsbrauch und in den Umständen des Einzelfalles manifestierte. Im Zweifel galten die in § 19 USA (Rules for Ascertaining Intention)²⁾ aufgestellten Absichtsvermutungen, die im folgenden behandelt werden.

1. Die Absichtsvermutungen beim Spezieskauf.

1. Der Eigentumsübergang bei Vertragsschluß.

§ 19 (rule 1) USA (Rules for Ascertaining Intention)³⁾ stellte die Vermutung auf, daß der Käufer mit dem Vertragsschluß Eigentümer wurde. Somit ging die Gefahr bei Abschluß des Vertrages auf den Käufer über. Der Eigentumsübergang setzte aber voraus, daß es sich um individuell bestimmte Waren (specific goods) handelte, die sich bei Vertragsschluß in lieferbarem Zustand (deliverable state) befinden mußten. Unerheblich war, ob die Zahlung des Kaufpreises oder die Lieferung der Waren erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen sollte. Diese Regel fand sowohl im Common Law⁴⁾ als auch unter Geltung des § 19 (rule 1) USA⁵⁾ weitreichende Anwendung⁶⁾.

1. Vgl. Wing v. Mid-Continent Seeds, Inc., 170 Kan. 242, 247 f., 225 P. 2d 78, 82 f. (1950).
2. § 19 USA (Rules for Ascertaining Intention): Unless a different intention appears, the following are rules for ascertaining the intention of the parties as to the time at which the property in the goods is to pass to the buyer: ...
Siehe auch Glaser und Kelsch, N.D.L. Rev. 30 (1954), 211, 212 f. insbes. Fußn. 11.
3. § 19 (rule 1) USA: Where there is an unconditional contract to sell specific goods, in a deliverable state, the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment, or the time of delivery, or both, be postponed.
Siehe auch Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.02 (2) (a), S. 8-11 ff.
4. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 264, S. 14 mit Entscheidungsnachweisen in Fußn. 12. Siehe auch Annotation in: Am. St. Rep. 22 (1892), 866.
5. Siehe Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc., 202 F. 2d 887, 892 f. (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp. 652, 656 f. (N.D. Ohio 1952)). Weitere Entscheidungsnachweise bei Williston on Sales, überarb. Aufl., § 264, S. 14 insbes. Fußn. 11.
6. So Vold, Sales, 2. Aufl., S. 225 insbes. Fußn. 3; Williams, Ind. L. Rev. 7 (1974), 711, 712.

2. Der Eigentumsübergang bei Beendigung der Liefervorbereitungen.

Wenn hingegen die Waren beim Vertragsschluß noch nicht zur Lieferung bereitstanden, sondern sich der Verkäufer verpflichtete, die Waren *e r s t n o c h* in einen liefergerechten Zustand zu versetzen, dann fand nicht § 19 (rule 1) USA, sondern § 19 (rule 2) USA (Rules for Ascertaining Intention)¹⁾ Anwendung. In § 19 (rule 2) USA war das Common Law²⁾ kodifiziert worden. Nach "rule 2" ging das Eigentum nicht schon bei Vertragsschluß über, sondern erst, wenn der Verkäufer die individuell bestimmten Waren (specific goods) in einen lieferbereiten Zustand (deliverable state) versetzt hatte. Welche Handlungen der Verkäufer vornehmen mußte, um die Waren in einen lieferbereiten Zustand zu versetzen³⁾, wurde in § 76 (4) USA (Definition: "Deliverable State") geregelt. Danach war der lieferbereite Zustand dann erreicht, wenn sich die Waren in solcher Verfassung befanden, daß der Käufer zu ihrer Abnahme verpflichtet war. Die Vorbereitungshandlungen des Verkäufers brauchten nicht derart zu sein, daß sie den Charakter der Waren veränderten. Beispielsweise⁴⁾ genügte die Verpflichtung des Verkäufers, die Waren erst noch verpacken oder erst noch auf ein Schiff verladen zu müssen, um das Eigentum nicht schon bei *V e r t r a g s s c h l u ß* nach "rule 1", sondern erst bei *B e e n d i g u n g* des Verpackens bzw. Verladens nach "rule 2" auf den Käufer übergehen zu lassen. Der Eigentumsübergang vollzog sich bei Abschluß der Liefervorbereitungen, ohne daß es dazu einer nochmaligen Einigung der Parteien bedurfte⁵⁾.

1. § 19 (rule 2) USA: Where there is a contract to sell specific goods and the seller is bound to do something to the goods, for the purpose of putting them into a deliverable state, the property does not pass until such thing be done.
2. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 265, S. 15 f. Fußn. 15 mit Entscheidungsnachweisen.
3. Dazu siehe Pope, Ark.L.Rev. 28 (1975), 508, 510 insbes. Fußn. 6 f.
4. Vgl. auch die Entscheidungen bei Williston on Sales, überarb. Aufl., § 265, S. 17 in Fußn. 17: Liquor to be bottled; hay to be pressed and baled.
5. Siehe Williston on Sales, überarb. Aufl., § 265, S. 19 Fußn. 3 mit Entscheidungsnachweisen.

II. Die Absichtsvermutungen beim Gattungskauf.

1. Der Eigentumsübergang bei Konkretisierung.

Wenn die Waren bei Vertragsschluß nicht individuell bestimmt, sondern gattungsmäßig umschrieben waren, dann ging das Eigentum nach § 19 rule 4 (1) USA (Rules for Ascertaining Intention)¹⁾ erst mit der Konkretisierung (appropriation) auf den Käufer über. Diese Regel hatte ihre Wurzeln im Common Law²⁾. In der "appropriation" manifestierte sich äußerlich erkennbar die Absicht, bestimmte Waren der Vertragserfüllung zu widmen³⁾. Daß nur eine Partei die Ware zur Vertragserfüllung bestimmte, genügte nicht, um die Konkretisierung (appropriation) herbeizuführen. Hinzukommen mußte die Zustimmung (assent) des anderen Vertragsteils⁴⁾. Erst mit der Zustimmung (assent) des anderen Teils war die Konkretisierung bewirkt, und es vollzog sich der Eigentumsübergang⁵⁾.

2. Wenn es nicht zu einer Konkretisierung kam, dann wurde der Käufer auch nicht Eigentümer der Ware. Vielmehr blieb dann der Verkäufer Eigentümer und trug als solcher die Gefahr des Untergangs. Das veranschaulicht die folgende Entscheidung California Animal Prods. Co. v. Lappin⁶⁾:

1. § 19 rule 4 (1) USA: Where there is a contract to sell unascertained or future goods by description, and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract, either by the seller with the assent of the buyer, or by the buyer with the assent of the seller, the property in the goods thereupon passes to the buyer. Such assent may be expressed or implied, and may be given either before or after the appropriation is made.
Siehe auch Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.02 (2)(b), S.8-15 f.
2. Siehe Williston on Sales, überarb.Aufl., § 275, S. 52 ff. (mit Entscheidungsnachweisen), § 275 a, S. 55.
3. So Williston on Sales, überarb. Aufl., § 273 a, S. 41. Siehe auch Eisner; S.21. Kritik an der "appropriation" üben: Rabel, Warenkauf, Bd.2, S.316 f.; Duesenberg, Mo.L.Rev. 30 (1965), 191,200; Llewellyn, N.Y.U.L.Q. Rev. 15 (1938), 159,187 insbes. Fußn. 50.
4. Siehe Pittsburgh, C., St.L.Ry.Co. v. Heck, 50 Ind. 303, 306, 19 Am.Rep. 713, 715 (1875): Die Zustimmung des Käufers, die Waren anzunehmen, sei die Voraussetzung für den Eigentumsübergang.
5. Siehe Central Lith. & Eng. Co. v. Moore, 75 Wis. 170,174,177, 43 N.W. 1124, 1125 f. (1889): Das Eigentum sei übergegangen, als die Waren hergestellt, konkretisiert und als vertragsgerecht gebilligt worden seien.
6. 54 R.I. 75, 170 A. 71 (1934).

Darin nahm der Verkäufer die Bestellung des Käufers über hundertundzehn Behälter mit Hundefutter entgegen. Zusammen mit der Rechnung übersandte er dem Käufer die schriftliche Anweisung an den Lagerhalter, das eingelagerte Hundefutter dem Käufer auszuhändigen. Die einhundertundzehn Behälter gehörten zu einem größeren, eingelagerten Vorrat. Bevor es zu einer Aussonderung kam, ging der gesamte Vorrat unter. Der Verkäufer klagte auf Zahlung des Kaufpreises.

Das Gericht entschied, das Eigentum an unbestimmten Waren könne nach § 17 USA (No Property Passes until Goods are Ascertained) grundsätzlich nicht übergehen. Davon mache § 6 (1) USA (Undivided Shares) eine Ausnahme, indem er die Übereignung einer nicht ausgesonderten Warenmenge zulasse. Danach erwerbe der Käufer zusammen mit dem Verkäufer gemeinschaftliches Eigentum. Im vorliegenden Fall hätten die Parteien jedoch nicht beabsichtigt, dem Käufer gemeinschaftliches Eigentum mit dem Verkäufer einzuräumen. Eine Aussonderung der Waren habe nicht stattgefunden. Daher seien Eigentum und Gefahr nicht auf den Käufer übergegangen. Der Verkäufer habe keinen Anspruch auf den Kaufpreis¹⁾.

Da der gesamte Vorrat untergegangen war, aus dem die Waren geliefert werden sollten, bestand kein Zweifel, daß die noch auszusondernden Waren mit untergegangen waren. Obwohl auch ohne Aussonderung feststand, daß die auszusondernden Waren mit dem Gesamtvorrat untergegangen waren, hielt das Gericht für den Eigentums- und Gefahrübergang am Erfordernis der Aussonderung fest.

III. Die Absichtsvermutungen beim Distanzkauf.

1. Die "appropriation" beim Versendungskauf.

Lieferte der Verkäufer dem Käufer die Ware aus Gefälligkeit ins Haus oder übergab er sie einer Transportperson zur Versendung, so trat mit der Aushändigung an die Transportperson die "appropriation" ein. Zugleich ging damit das Eigentum auf den Käufer über²⁾. Die Absicht der Parteien war darauf

1. 54 R.I. 75, 77, 170 A. 71, 72 (1934).

2. Vgl. aber Philipps-Jones Co. v. Blackstock, 23 Ga. App. 574, 576, 99 S.E. 48, 49 (1919): Die Aushändigung an die Transportperson sei gegen den Willen der Käufer erfolgt. Daher sei das Eigentum nicht auf die Käufer übergegangen. Siehe auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 325 insbes. Fußn. 1.

gerichtet, die "appropriation" so lange hinauszuschieben, bis der Verkäufer den letzten Akt seiner Leistungshandlung vorgenommen hatte¹⁾. Das aber war mit der Aushändigung an die Transportperson geschehen.

§ 19 rule 4 (2) USA (Rules for Ascertaining Intention)²⁾ kodifizierte die Regel des Common Law³⁾.

2. Der Eigentumsübergang beim Fernkauf.

§ 19 (rule 5) USA (Rules for Ascertaining Intention)⁴⁾ basierte auf dem Common Law⁵⁾. "Rule 5" gelangte beim Fernkauf zur Anwendung, wenn sich also der Verkäufer verpflichtet hatte, beim Käufer oder an einen Dritten (at a particular place) zu liefern⁶⁾. Der Lieferort sollte also - anders als beim Versendungskauf - beim Käufer oder bei einem Dritten liegen. Zwischen der Lieferverpflichtung des Verkäufers und der Pflicht des Käufers, die Ware abzunehmen und zu bezahlen, bestand kein wechselseitiger Bedingungs-zusammenhang (concurrent condition). § 19 (rule 5) USA beruhte auf dem gleichen Grundgedanken wie § 19 (rule 2) USA: Solange der Verkäufer seine Leistungshandlung nicht erbracht hatte, sollte das Eigentum nicht übergehen. Während der Verkäufer in § 19 (rule 2) USA die Ware in einen lieferbereiten Zustand zu versetzen hatte, schuldete der Verkäufer in § 19 (rule 5) USA die Lieferung an den Bestimmungsort. Erst mit der Lieferung

--

1. Siehe Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 278, S. 76 f.
2. § 19 rule 4 (2) USA: Where, in pursuance of a contract to sell, the seller delivers the goods to the buyer, or to a carrier or other bailee (whether named by the buyer or not) for the purpose of transmission to or holding for the buyer, he is presumed to have unconditionally appropriated the goods to the contract, except in the cases provided for in the next rule (= rule 5) and in section 20. ...
3. Siehe die Entscheidungsnachweise bei Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 278, S. 78 mit Fußn. 3.
4. § 19 (rule 5) USA: If the contract to sell requires the seller to deliver the goods to the buyer, or at a particular place or to pay the freight or cost of transportation to the buyer, or to a particular place, the property does not pass until the goods have been delivered to the buyer or reached the place agreed upon.
Siehe auch Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.02 (2)(b), S. 8-17 f.
5. Siehe Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331, 335 f. (1868): Da keine Lieferung am Bestimmungsort erfolgt sei, habe kein Eigentumsübergang stattgefunden. Siehe auch Williston on Sales, Überarb. Aufl., § 279 a, S. 87 insbes. Fußn. 20.
6. Siehe Weathered v. Golden, 34 S.W. 761 (Tex.Civ.App. 1896); Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co., 50 La. Ann. 544, 23 So. 619 (1898).

am Bestimmungsort ging das Eigentum nach § 19 (rule 5) USA auf den Käufer über¹⁾.

Für den Eigentumsübergang nach § 19 (rule 5) USA kam es darauf an, ob die Waren an den Käufer ausgehändigt oder nur am Bestimmungsort abgeladen werden sollten. Im ersten Fall konnte der Verkäufer allein die Waren nicht zur Vertragserfüllung bestimmen (appropriate). Das Eigentum ging vielmehr erst über, wenn der Käufer seine Einwilligung zum Ausdruck brachte, die Ware in Empfang zu nehmen²⁾. Im letzteren Fall hingegen genügte es für die Übereignung, daß die Waren an dem vereinbarten Bestimmungsort abgeladen wurden³⁾.

VIERTER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG IM COMMON LAW BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER.

A. DIE VERZÖGERUNG ALS VERTRAGSBRUCH.

Der Vertragsbruch (breach of contract) des Käufers konnte s c h w e r (total or material) oder l e i c h t (partial or minor) sein. Das hing vom Ausmaß des Vertragsbruchs ab⁴⁾. Ob die Verzögerung der Lieferung durch den Käufer das Ausmaß eines schweren Vertragsbruchs erreichte⁵⁾, beurteilte ---

1. Vgl. Neal Bros. & Co. v. Shewalter, 5 Ind.App.147,153, 31 N.E. 848,850 (1892): Das Eigentum sei nicht übergegangen, da die Verkäufer nicht an der Mühle der Käufer geliefert hätten; vgl. oben S. 48. Anders Dobbins v. Edmonds, 18 Mo. App.307,320 (1885): Der Eigentumsübergang wurde bejaht, da die Waren den Käufern an ihrer Mühle angeboten worden seien. Vgl. auch Williston on Sales, überarb. Aufl., § 279a, S.87 f. insbes. Fußn. 1.
2. Vgl. Morrell v. Koerner - Parker Lumber Co., 51 Mo. App. 592,599 (1892): Das Gericht bejahte den Eigentumsübergang mit der Begründung, daß die Käufer die Ware angenommen hätten. Vgl. auch Williston on Sales, überarb. Aufl., § 279a, S. 88 f. Fußn. 2 f.; Kuenzel, Fla. B.J. 36 (1962), 1020,1030.
3. Vgl. Heinberg-Bros. v. F. Cannon & Co., 36 Fla. 601, 609, 18 So. 714, 716 (1896): Nachdem der Verkäufer die Ware am Kai abgeladen habe, seien die Käufer für die Ware verantwortlich gewesen. Denn der Verkäufer sei nicht zur Aushändigung an die Käufer verpflichtet gewesen. Siehe auch Williston on Sales, überarb. Aufl., § 279 a, S. 89 Fußn. 4.
4. Siehe Williston on Contracts, § 1292, S. 11 insbes. Fußn. 6.
5. Vgl. McConihe v. New York & E.R.R. Co., 20 N.Y. 495,497 f., 75 Am. Dec. 420, 422 (1859): Der Käufer versäumte es, eiserne Verschläge bereitzustellen, die der Verkäufer zur Fertigstellung der Wagen benötigte. Daher sei der Verkäufer berechtigt gewesen, von der weiteren Vertragserfüllung Abstand zu nehmen (to put an end to the contract).

sich nach den Umständen des Einzelfalls¹⁾. Wenn der Käufer die Abnahme der Ware nur vorübergehend verzögerte²⁾, begibt er in der Regel nur einen leichten Vertragsbruch. Dieser leichte Vertragsbruch reichte aus, um den Eigentums- und Gefahrübergang auf den Käufer zu verzögern.

Der leichte und der schwere Vertragsbruch unterschieden sich in ihren Rechtsfolgen: Beim schweren Vertragsbruch des Käufers wurde der Verkäufer von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung frei (was excused from any duty of counter-performance). Der Verkäufer konnte Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages verlangen (damages for breach of the entire contract). Beim leichten Vertragsbruch des Käufers hingegen wurde der Verkäufer nicht endgültig von seiner Gegenleistungspflicht frei. Vielmehr wurde die Verpflichtung des Verkäufers zur Gegenleistung nur vorübergehend aufgeschoben (suspended temporarily), bis der Käufer seinen Vertragsbruch geheilt oder Schadensersatz geleistet hatte. Der Schadensersatzanspruch des Verkäufers beschränkte sich auf den Verzögerungsschaden; ihm stand - anders als beim schweren Vertragsbruch - kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des gesamten Vertrages zu³⁾.

B. DIE WIRKUNG DER VERZÖGERUNG AUF EIGENTUMS- UND GEFAHRÜBERGANG.

Dadurch, daß der Käufer die Lieferung verzögerte, ging das Eigentum erst zu einem späteren Zeitpunkt auf ihn über. Somit verzögerte sich der Gefahrübergang, da die Gefahrtragung dem Eigentum folgte. Um eine Verzögerung des Gefahrübergangs zu vermeiden, bildete sich im Common Law eine Gefahrtragungsregel heraus, wonach die Verzögerung der Lieferung durch den Käufer den vorzeitigen Gefahrübergang zur Folge hatte. Der Käufer sollte nämlich aus seiner Verzögerung keinen Vorteil ziehen. Eben dies wäre aber ohne die

1. So Williston on Sales, überarb. Aufl., § 500, S. 87.

2. Vgl. Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331, 332 und 337 (1868): Die Untersuchung der Waren wurde verzögert. McNeal v. Braun, 53 N.J.L. 617, 628, 23 A. 687, 691 (1892): Der Käufer verzögerte die Lieferung dadurch, daß er einen überfüllten Kai zur Löschung der Ladung auswählte. Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co., 50 La. Ann. 544, 548, 23 So. 619, 620 (1898): Die Käufer stellten nicht rechtzeitig genügend Transportmittel zur Verfügung.

3. Siehe Williston on Contracts, § 1292, S. 8.

Common Law Gefahrtragungsregel geschehen, da die Gefahr infolge der Verzögerung der Lieferung durch den Käufer erst später auf den Käufer übergegangen wäre.

1. Der Eigentumsübergang trotz Verzögerung.

In den folgenden Entscheidungen¹⁾ verzögerte der Käufer die Abnahme der Waren. Gleichwohl ging das Eigentum o h n e Verzögerung auf ihn über. Die Gefahr ging gleichzeitig mit dem Eigentum oder aufgrund besonderer Parteivereinbarung²⁾ auf den Käufer über. Da sich der Eigentumsübergang nicht verzögert hatte, ging auch die Gefahr o h n e Verzögerung auf den Käufer über.

1. In der Entscheidung Smith v. Sherwood³⁾ gingen die Waren deshalb unter, weil sie der Berufungskläger nicht abgeholt hatte. Aus diesem Grunde mußte der Berufungskläger die Gefahr des Unterganges tragen:

Die Parteien hatten den Austausch von Mais vereinbart. Der Mais für den Berufungskläger (appellant) befand sich zusammen mit einem größeren Vorrat in einer Scheune. Der Berufungsbeklagte (appellee) benachrichtigte den Berufungskläger, daß der Mais zur Abholung bereitstehe. Der "appellant" weigerte sich, den Mais abzuholen, da sein Silo für Mais nicht aufnahmebereit sei und außerdem sein Fahrzeug repariert werde. Anschließend wurde der Mais bei einer Überschwemmung vernichtet.

Das Gericht gelangte zu der Überzeugung, daß der Berufungsbeklagte seine Verpflichtung, individuell bestimmte Waren (specific goods) zur Lieferung bereitzustellen, hinreichend erfüllt habe. Der Berufungskläger habe nicht den Einwand (objection) erhoben, daß der Mais nicht für ihn gekennzeichnet und ausgesondert gewesen sei. Da sich der Berufungskläger nicht auf mangeln-

1. Smith v. Sherwood, 2 Tex. 460 (1847); Martineau v. Kitching, L.R. 7 Q.B. 436 (1872); Central Lith. & Eng. Co. v. Moore, 75 Wis. 170, 43 N.W. 1124 (1889).
2. Eine Gefahrtragungsvereinbarung bejahte das Gericht in: Martineau v. Kitching, L.R. 7 Q.B. 436, 455 (Blackburn, J.), 459 f. (Lush, J.), 461 (Quain, J.) (1872).
3. 2 Tex. 460 (1847).

de Konkretisierung berufen habe, sei der Berufungsbeklagte von der Notwendigkeit der Konkretisierung befreit worden (dispensed with that necessity), falls er den Mais nicht ausgesondert habe. Der Berufungsbeklagte habe als "bailee" den Mais für den Berufungskläger auf dessen Gefahr bereitgehalten.

Der Untergang des Mais beruhe nicht auf einem Verschulden (fault) des Berufungsbeklagten. Vielmehr sei der Untergang die Folge der Weigerung des Berufungsklägers, den Mais abzuholen. Nach dem Vertrag sei der Berufungskläger zur Abholung verpflichtet gewesen. Aus diesem Grunde könne der Berufungsbeklagte nicht für den Untergang haftbar gemacht werden (be held liable), der sich als Folge der versäumten Abholung durch den Berufungskläger darstelle¹⁾.

2. Die englische Entscheidung Martineau v. Kitching²⁾ wirkte in Nordamerika richtungsweisend für die Entstehung einer besonderen Gefahrtragungsregel bei Verzögerung: Wenn das Eigentum infolge der Verzögerung durch den Käufer nicht auf ihn übergegangen war, dann sollte der Käufer gleichwohl so die Gefahr tragen, als ob er Eigentümer geworden wäre:

Der Käufer hatte vier Ladungen Zucker gekauft. Der Kaufvertrag enthielt die Klausel: "... goods at seller's risk for two months;..."³⁾. Der Zucker lagerte in den Geschäftsräumen der Verkäufer. Der Käufer holte nach und nach einen Teil der vier Ladungen ab. Der Zucker wurde beim Abholen gewogen. Als die Zahlung fällig wurde, hatte der Käufer noch nicht den gesamten Zucker abgeholt. Daher zahlte er für alle vier Ladungen einen geschätzten Preis, der sich an der Menge des gewogenen und vom Käufer abgeholten Zuckers orientierte. Zwei Monate nach Abschluß des Kaufvertrages ging der restliche, noch eingelagerte Zucker unter. Daraufhin schrieben die Verkäufer dem Käufer den für den untergegangenen Zucker bereits gezahlten Kaufpreis anderweitig gut. Sie erhoben Klage auf Zahlung des Kaufpreises für den untergegangenen Zucker.

--

1. 2 Tex. 460, 462 f. (1847).

2. L.R. 7 Q.B. 436, 456 (Blackburn, J.) (dictum) (1872); diese englische Entscheidung wurde im amerikanischen Recht häufig zitiert. So in: Pittsburgh, C., & St.L. Ry. v. Heck, 50 Ind. 303, 309, 19 Am.Rep. 713, 718 (1875); Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04 (2), S. 8-78 Fußn. 11; Williston on Contracts, § 967, S. 478 insbes. Fußn. 15. Zur Bedeutung dieser Entscheidung im englischen Recht siehe Benjamin, Sale of Personal Property, 8. Aufl., S. 399.

3. L.R. 7 Q.B. 436, 438 (1872).

Das Gericht entschied, der Käufer trage die Gefahr des Untergangs. Eine Minorität des Gerichts¹⁾ begründete dies damit, daß sich aus den Gesamtumständen der Wille der Parteien ergebe, wonach der Käufer im Zeitpunkt des Untergangs bereits Eigentümer des eingelagerten Zuckers gewesen sei. Als "dominus" trage der Käufer die Gefahr.

Nach der überwiegenden Ansicht des Gerichts²⁾ kam es hingegen auf den Eigentumsübergang nicht an. Verkäufer und Käufer hätten sich ausdrücklich darüber geeinigt, daß die Gefahr nach zwei Monaten auf den Käufer habe übergehen sollen. Da der Untergang erst nach Ablauf von zwei Monaten eintreten sei, habe der Käufer deswegen im Zeitpunkt des Untergangs die Gefahr getragen.

Dadurch, daß der Käufer die Abnahme des restlichen, noch eingelagerten Zuckers verzögert habe, sei der Zucker nicht gewogen worden. Die Verzögerung falle dem Käufer zur Last. Im "civil law"³⁾ gelte folgende Regel: Wenn der Kaufvertrag deswegen noch nicht erfüllt sei (perfecta emptio), weil sich der eine Vertragsteil im Verzug (morâ) befinde, dann trage der im Verzug befindliche Teil die Gefahr, und zwar so, als ob der Kauf vollendet sei. Diese Regel des civil law gründe sich auf gesunden Menschenverstand und entspreche dem Gebot der Gerechtigkeit. Auch wenn es im vorliegenden Fall für die Entscheidung nicht darauf ankomme, sei doch folgendes festzuhalten: Wenn der Käufer die Abholung und dadurch das Wiegen des Zuckers verzögert habe, dann müsse er so die Gefahr tragen, als ob das Eigentum ohne Verzögerung auf ihn übergegangen sei⁴⁾.

1. L.R. 7 Q.B. 436, 451 (1872) (Cockburn, C.J.).

2. L.R. 7 Q.B. 436, 455 (Blackburn, J.), 459 f. (Lush, J.), 461 (Quain, J.) (1872).

3. "Civil law" als kontinentaleuropäisches Recht im Unterschied zum anglo-amerikanischen "common law". Vgl. dazu Blumenwitz, S. 5.

4. L.R. 7 Q.B. 436, 456 (1872) (Blackburn, J.) (dictum): "... it is the buyer, in effect, who requests that, as he is going to leave them (the goods) longer, the weighing should be postponed for a time. Therefore it is in consequence of his delay that the weighing does not take place. Now by the civil law it always was considered that, if there was any weighing, or anything of the sort which prevented the contract being perfecta emptio, whenever that was occasioned by one of the parties being in morâ, and it was his default, though the emptio is not perfecta, yet if it is clearly shown that the party was in morâ, he shall have the risk just as if the emptio was perfecta. That is perfectly good sense and justice, though it is not necessary to the decision of the present case, that, when the weighing is delayed in consequence of the interference of the buyer, so that the property did not pass, even if there were no express stipulation about risk, yet because the noncompletion of the bargain and sale, which would absolutely transfer the property, was owing to the delay of the purchaser, the purchaser should bear the risk just as much as if the property had passed."

3. In der Entscheidung Central Lith. & Eng.Co. v. Moore¹⁾ fertigte der Kläger für den Beklagten Gravierungen an, die bereits im Dezember zur Lieferung bereitstanden. Der Beklagte hatte sich verpflichtet, die Gravierungen bis zum 5. Mai abzunehmen und zu bezahlen. Er holte einen Teil ab und bezahlte ihn, ohne jedoch den Rest abzunehmen. Drei Wochen nach dem 5. Mai verbrannten die restlichen Gravierungen in den Geschäftsräumen des Klägers, der sie dort für den Beklagten verwahrte. Der Kläger begehrte Ersatz des von seiner Versicherung nicht gedeckten Verlusts.

Das Gericht entschied, bei dem Vertrag handele es sich nicht um einen Kauf, sondern um einen Werklieferungsvertrag (contract for work and labor)²⁾. Der Beklagte sei Eigentümer der Gravierungen geworden. Denn der Kläger habe als "bailee" die Gravierungen für den Beklagten auf dessen Gefahr bereitgehalten³⁾. Der Beklagte trage auch deshalb die Gefahr, weil er die Abnahme verzögert habe. Daß sich ein Teil der Gravierungen bei Ausbruch des Feuers noch beim Kläger befunden habe, sei der mangelnden Sorgfalt (negligence) des Beklagten zuzuschreiben.

4. Zusammenfassung der Entscheidungen.

Den vorangehenden drei Entscheidungen ist gemeinsam, daß der Käufer vor dem Untergang der Ware Eigentümer wurde, obwohl er die Abholung verzögerte. Folglich ging auch die Gefahr aufgrund des im Common Law herrschenden Eigentumsprinzips vor dem Untergang auf den Käufer über. Daß der Käufer die Abholung verzögerte, hatte nicht zur Folge, daß der Verkäufer im Zeitpunkt des Untergangs noch Eigentümer war und als solcher die Gefahr trug. Da die Verzögerung der Abholung durch den Käufer nicht den Eigentumsübergang verhinderte, ging die Gefahr trotz der Verzögerung auf den Käufer über. Deshalb bereitete der Gefahrübergang trotz Verzögerung in diesen drei Entscheidungen keine besonderen Probleme. Hingegen mußten die Fälle Schwierigkeiten machen, in denen die Verzögerung der Abnahme den Eigentumsübergang verhinderte, so daß aufgrund des Eigentumsprinzips die Gefahr nicht übergehen konnte. Welche Lösung des Common Law für diese Problemfälle entwickelte, soll im folgenden untersucht werden.

1. 75 Wis. 170, 43 N.W. 1124 (1889).

2. 75 Wis. 170, 172 f., 43 N.W. 1124, 1125 (1889).

3. 75 Wis. 170, 177, 43 N.W. 1124, 1126 (1889).

II. Kein Eigentumsübergang infolge Verzögerung.

1. Die Verzögerung als leichter Vertragsbruch.

In den folgenden Entscheidungen¹⁾ beging der Käufer mit seiner Verzögerung einen leichten Vertragsbruch. Dadurch blieb der Verkäufer Eigentümer der Ware; als solcher hatte er aufgrund des Eigentumsprinzips die Gefahr zu tragen. Gleichwohl gingen die Gerichte der Frage nach, ob die Gefahr infolge der Verzögerung auf den Käufer übergegangen war.

a. In der Entscheidung Grant v. United States²⁾ verneinte das Gericht, daß die Gefahr mit der Verzögerung auf den Käufer, die Vereinigten Staaten von Amerika, übergegangen sei:

Der Kriegsminister der Vereinigten Staaten von Amerika erteilte im März 1860 einem Mr. Grant das Privileg, die Truppen in Arizona für 2 Jahre mit Kriegsmaterial auszurüsten und beliefern zu dürfen. Bald darauf, im Juli 1860, forderte der zuständige Offizier in Arizona Nachschub an. Nachdem das Kriegsministerium im September 1860 die Anforderung des Nachschubs genehmigt hatte, erklärte sich Mr. Grant zur Lieferung des Kriegsmaterials nach Arizona bereit. Zuvor sollte das Material in Boston oder New York von einem Offizier der Vereinigten Staaten inspiziert werden. Diese Untersuchung des Materials wurde vom Militär verzögert. Als schließlich ein Offizier zur Inspektion bereit war, wurde Mr. Grant davon in Kenntnis gesetzt. Nunmehr war jedoch Mr. Grant nicht zur Inspektion bereit. Denn die Einkäufer von Mr. Grant hatten teilweise Schwierigkeiten bei der Beschaffung des Materials. Erst nach zwei Wochen war Mr. Grant dann bereit, und der Offizier konnte die Inspektion vornehmen. Wenig später konnte der Transport des Kriegsmaterials nach Arizona beginnen. Doch schon bald mußte der Zug mit dem Kriegsmaterial haltmachen, um zu überwintern. Dadurch verzögerte sich der Transport um zwei Monate und zehn Tage. Anschließend wurde der Zug von texanischen Truppen geplündert³⁾. Mr. Grant klagte auf Entschädigung (reimbursement) für die Waren.

1. Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331 (1868); McNeal v. Braun, 53 N.J.L. 617, 23 A. 687 (1892); Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co., 50 La. Ann. 544, 23 So. 619 (1898).

2. 74 U.S. (7 Wall.) 331 (1868).

3. Zur Gefahrtragung bei Beschlagnahme durch den Feind siehe Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 306.

Das Gericht entschied, Mr. Grant habe als Eigentümer des Kriegsmaterials die Gefahr der Plünderung getragen. Das Eigentum an dem Kriegsmaterial sei nicht vor dessen Ankunft in Arizona auf den Käufer, die Vereinigten Staaten von Amerika, übergegangen¹⁾. Denn Mr. Grant sei zur Lieferung nach Arizona verpflichtet gewesen. Daß das Material vor Transportbeginn in Boston bzw. in New York untersucht worden sei, habe nicht zum Eigentumsübergang geführt²⁾.

Zu Unrecht habe sich Mr. Grant darauf berufen, daß die Plünderung des Zuges auf die Verzögerung durch die Vereinigten Staaten zurückzuführen sei. Vielmehr habe Mr. Grant selbst die Inspektion verzögert, wohingegen der Offizier unverzüglich die Inspektion durchgeführt habe. Doch selbst wenn man unterstellte, daß der Offizier die Inspektion verzögert hätte, so stünde diese Verzögerung weder im Zusammenhang mit der nachfolgenden Plünderung noch wäre sie deren nächste Ursache gewesen³⁾. Im vorliegenden Fall müsse der Eigentümer die Gefahr tragen⁴⁾. Zur Zeit der Plünderung des Zuges sei Mr. Grant noch Eigentümer des Kriegsmaterials gewesen; deshalb müsse er die Gefahr tragen.

b. In der Entscheidung McNeal v. Braun⁵⁾ verpflichtete sich der Verkäufer, eine Schiffsladung Kohle im Hafen anzuliefern. Nachdem das Schiff den Bestimmungshafen erreicht hatte, konnte es erst drei Tage später am Kai festmachen, da zunächst andere Schiffe entladen wurden. Nunmehr trafen die Gehilfen des Käufers erste Vorbereitungen, um die Ladung zu löschen. In der folgenden Nacht sank das Schiff mit der Ladung Kohle an Bord. Der Verkäufer erhob Klage auf Zahlung des Kaufpreises.

1. Vgl. dazu Neal Bros. & Co. v. Shewalter, 5 Ind. App. 147, 153, 31 N.E. 848, 850 (1892): Die Verkäufer seien Eigentümer geblieben, da sie kein Lieferangebot am Bestimmungsort vorgenommen hätten.
2. 74 U.S. (7 Wall.) 331, 336 (1868).
3. 74 U.S. (7 Wall.) 331, 337 (1868): "If, however, it be admitted that the government (the buyer) was in default in not inspecting sooner, that default had no connection with the subsequent injury suffered by the claimant (the seller), and was not the proximate cause of it."
4. 74 U.S. (7 Wall.) 331, 337 (1868) unter Berufung auf die Entscheidung McConihe v. New York & E.R.R., 20. N.Y. 495, 75 Am. Dec. 420 (1859).
5. 53 N.J.L. 617, 23 A. 687 (1892). Vgl. auch Westmoreland Coal Co. v. Syracuse Lighting Co., 159 A.D. 323, 145 N.Y.S. 420 (1913).

Das Gericht vertrat die Auffassung, der Verkäufer habe keinen Kaufpreisanspruch, wenn die Ladung Kohle untergegangen sei, bevor die Lieferung im Bestimmungshafen stattgefunden habe. Die Lieferung im Bestimmungshafen sei eine aufschiebende Bedingung (condition precedent), unter der der Kaufpreisanspruch des Verkäufers stehe. Bis zum Zeitpunkt der Lieferung trage der Verkäufer die Gefahr¹⁾. Fraglich sei, ob der Verkäufer zum Zeitpunkt des Untergangs seine Lieferpflicht erfüllt habe. Dadurch, daß die Arbeiter des Käufers Vorbereitungen zur Löschung der Ladung getroffen hätten, habe der Käufer die Kohle noch nicht abgenommen. Der Verkäufer sei nicht von seiner Lieferpflicht freigeworden (not yet discharged from his duty to deliver). Daß die Ladung nicht gelöscht worden sei, beruhe nicht auf einem Verschulden (fault) des Käufers. Vielmehr trage der Verkäufer die Verantwortung dafür, daß keine Lieferung stattgefunden habe²⁾. Zwar habe der Käufer einen überfüllten Kai ausgewählt, so daß das Schiff drei Tage im Hafen gelegen habe, bevor es am Kai habe festmachen können. Das Schiff sei jedoch nicht während der Verzögerung gesunken, sondern erst danach, nachdem es am Kai festgemacht habe³⁾.

c. In den beiden vorangehenden Entscheidungen Grant v. United States und McNeal v. Braun sah das Gericht jeweils keinen Zusammenhang (no connection) zwischen der Verzögerung durch den Käufer und dem späteren Untergang. Ohne einen solchen Zusammenhang führte die Verzögerung durch den Käufer aber nicht zum Gefahrübergang. Einen solchen Zusammenhang bejahte hingegen das Gericht in Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co.⁴⁾:

Der Verkäufer verpflichtete sich, Zuckerrohr in die Fabrik der Käufer zu liefern. Die Käufer erklärten sich bereit, Transportfahrzeuge zu beschaffen⁵⁾. Der Transport verzögerte sich, da die Käufer nicht genügend Fahrzeuge bereitstellten. Bevor der Verkäufer das gesamte Zuckerrohr liefern konnte, erlitt ein Teil Frostschäden. Die Käufer weigerten sich, das erfrorene Zuckerrohr abzunehmen. Daraufhin klagte der Verkäufer auf Schadensersatz wegen Vertragsbruchs. Das Gericht urteilte, die Käufer seien für die Transportverzögerung verantwortlich. Das Zuckerrohr sei aufgrund der Verzögerung

1. 53 N.J.L. 617, 621, 23 A. 687, 688 f. (1892).

2. 53 N.J.L. 617, 625, 23 A. 687, 690 (1892).

3. 53 N.J.L. 617, 628, 23 A. 687, 691 (1892).

4. 50 La. Ann. 544, 23 So. 619 (1898).

5. Vgl. American Oak Extract Co. v. Ryan, 104 Ala. 267, 275, 15 So. 807, 810 (1894): Der Käufer versäumte es, ein Boot zu beschaffen, auf das der Verkäufer die Ware laden sollte.

verdorben, so daß die Käufer für den Verlust aufzukommen hätten¹⁾. Der Verkäufer habe gegen die Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz.

2. Die Verzögerung als schwerer Vertragsbruch.

In den folgenden Entscheidungen²⁾ erreichte die Verzögerung des Käufers das Ausmaß eines schweren Vertragsbruchs. Die Verzögerung durch den Käufer verhinderte, daß das Eigentum auf ihn überging. Der Verkäufer trug als Eigentümer die Gefahr. Die Gerichte erörterten, ob der Untergang durch den Vertragsbruch des Käufers unmittelbar verursacht bzw. dessen notwendige Folge sei, da dann der Käufer dem Verkäufer für den Untergang hafte.

a. In der Entscheidung McConihe v. New York & E.R.R.³⁾ verpflichtete sich der Verkäufer, fünfzehn Eisenbahnwagen für den Käufer anzufertigen. Der Käufer sollte die eisernen Verschlüsse für die Wagen besorgen. Er kam dieser Verpflichtung nicht nach. Infolgedessen stellte der Verkäufer nur sieben Wagen soweit fertig, als das ohne die Verschlüsse möglich war. Er hielt sich jedoch bereit, bei Beschaffung der Verschlüsse durch den Käufer auch die restlichen Wagen herzustellen. Zweieinhalb Monate blieben die sieben Wagen in halbfertigem Zustand. Der Verkäufer drängte den Käufer mehrfach vergeblich, die Verschlüsse zu beschaffen. Es gelang dem Verkäufer nicht, die halbfertigen Wagen gegen Untergang zu versichern. Die sieben halbfertigen Wagen und die sonstigen Materialien wurden von einem Feuer vernichtet. Der Verkäufer klagte auf Schadensersatz wegen Vertragsbruchs. Zum Eigentum an den untergegangenen Wagen führte das Gericht aus, nach den Absichten der Parteien habe das Eigentum mit der Fertigstellung und Lieferung der Wagen übergehen sollen. Zur Zeit des Untergangs hätten sich die Wagen im Eigentum des Verkäufers befunden. Der Verkäufer habe als Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs zu tragen⁴⁾.

Der Verkäufer könne allenfalls aus einem anderen Gesichtspunkt einen Ersatzanspruch herleiten: Der Käufer habe den Verkäufer an der Fertigstellung und Lieferung der Wagen gehindert, da er nicht die Verschlüsse beschafft

1. 50 La. Ann. 544, 548, 23 So. 619, 620 f. (1898).

2. McConihe v. New York & E.R.R., 20 N.Y. 495, 75 Am. Dec. 420 (1859); Pittsburgh, C. & St.L.Ry. Co. v. Heck, 50 Ind. 303, 19 Am. Rep. 713 (1875); Mountain City Mill Co. v. Butler, 109 Ga. 469, 34 S.E. 565 (1899).

3. 20 N.Y. 495, 75 Am. Dec. 420 (1859).

4. 20 N.Y. 495, 497, 75 Am. Dec. 420, 421 (1859).

habe. Daher hätten sich die Wagen so lange im Besitz des Verkäufers befunden, bis sie dort untergegangen seien. Jedoch sei der Untergang nicht die notwendige Folge des Vertragsbruchs des Käufers gewesen. Wegen des Vertragsbruchs hätten dem Verkäufer noch andere Rechtsbehelfe zugestanden: Er habe vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen können. Stattdessen habe sich der Verkäufer für ein Festhalten am Vertrag entschieden. Das komme dadurch zum Ausdruck, daß er den Käufer zur Beschaffung der Vorschläge gedrängt habe. Der Vertrag habe bis zum Untergang wirksam fortbestanden. Das Feuer beruhe auf Zufall und stehe in keinem Zusammenhang mit dem Vertragsbruch des Käufers. Daher seien die Vertragsparteien dafür nicht verantwortlich¹⁾. Da der Verkäufer nach dem Vertragsbruch des Käufers am Vertrag festgehalten habe, könne er nunmehr nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Verkäufer könne allenfalls einen Anspruch auf den Verzögerungsschaden geltend machen, der ihm daraus entstanden sei, daß der Käufer die Vorschläge nicht rechtzeitig bereitgestellt habe. Da der Verkäufer aber einen solchen Verzögerungsschaden nicht nachgewiesen habe, habe er lediglich einen Anspruch auf "nominal damages" wegen der Vertragsverletzung des Käufers²⁾.

1. 20 N.Y. 495, 497 f., 75 Am. Dec. 420, 422 (1859) (Grover, J.) (concurring opinion): "But this was not the necessary consequence of the failure to deliver the boxes. Mallory (the seller) might have rescinded the contract and proceeded at once for his damages. The cars and materials would have remained his property and he could have made any use of them he chose. He could have recovered from the defendant (the buyer) the contract price for the cars, deducting therefrom what it would have cost to complete them, and the value of the materials provided for the cars in the condition they then were. But Mallory was not obliged to take this course. He could insist upon completing the cars, and the defendant could not object to the delay in the delivery so long as that delay was occasioned by the neglect of the company (the buyer) to comply with the agreement on their part. The plaintiff (the seller) in this case had not put an end to the contract. The court find that he repeatedly called upon the company to furnish the boxes up to the time of the fire. The contract continued in full force between the parties to that time. The fire was accidental and had no connection with the defendant's breach of the contract; they are therefore not responsible therefor." Vgl. dazu Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 323.
2. 20 N.Y. 495, 498, 75 Am. Dec. 420, 422 (1859).

b. Auf die vorangehende Entscheidung McCönihe v. New York & E.R.R. be-
rief sich das Gericht in Pittsburgh, C., & St.L.Ry. v. Heck¹⁾:

Der Verkäufer hielt eine größere Menge Brennholz für den Käufer bereit.
Einen Teil des Holzes nahm der Käufer ab und bezahlte ihn. Er weigerte
sich jedoch, auch den Rest abzunehmen, obwohl der Verkäufer wiederholt da-
rauf drängte. Während der Käufer die Abnahme verzögerte, ging das rest-
liche Brennholz unter, ohne daß den Verkäufer daran ein Verschulden traf.
Der Verkäufer erhob Klage wegen Vertragsbruchs des Käufers.

Das Gericht führte aus, die Kaufpreisklage des Verkäufers setze voraus,
daß das Eigentum auf den Käufer übergegangen sei. Wenn der Käufer die
Annahme der Waren ablehne, müsse der Verkäufer das Eigentum treuhänderisch
für den Käufer ausüben. Der Verkäufer könne nicht den Kaufpreis beanspru-
chen und gleichzeitig die Waren als sein Eigentum behandeln. Im vorliegen-
den Fall habe der Verkäufer vor dem Untergang nicht zu erkennen gegeben,
daß er das restliche Holz als Eigentum des Käufers und auf dessen Gefahr
bereithalte. Im Gegenteil. Als der Käufer die Abnahme des Holzes verwei-
gert habe, habe es der Verkäufer in eigenem Namen und zu seinen Gunsten
versichert. Als Eigentümer trage der Verkäufer die Gefahr. Der Untergang
des Holzes sei weder durch den Vertragsbruch verursacht worden noch sei
er eine Folge des Vertragsbruchs²⁾. Wenn somit der Verkäufer auch keinen
Anspruch auf den Kaufpreis habe (not an action for the contract price), so
könne er doch wegen der Nichtabnahme des Holzes (an action for not accep-
ting the wood according to the contract) vom Käufer Schadensersatz verlan-
gen. Die Schadenshöhe berechne sich aus der Differenz zwischen dem verein-
barten Kaufpreis und dem Marktpreis.

c. Wie in der vorhergehenden Entscheidung Pittsburgh, C., & St.L.Ry. v.
Heck verneinte das Gericht auch in Mountain City Mill Co. v. Butler³⁾ einen
Kaufpreisanspruch des Verkäufers:

1. 50 Ind. 303, 19 Am. Rep. 713 (1875).
2. 50 Ind. 303, 307, 19 Am. Rep. 713, 716 (1875): "The destruction of the
property was not caused by, nor was it the consequence of, the breach
by the defendant (the buyer) of her contract. The case of McConihe v.
The New York and Erie R.R. Co., 20 N.Y. 495, is in every way in point
here."
3. 109 Ga. 469, 34 S.E. 565 (1899). Vgl. dazu Vold, Sales, 1931, S. 118 f.
Fußn. 5.

Der Käufer zahlte nicht auf den Warenwechsel und holte die Waren nicht ab. Daraufhin verlängerte der Vertreter des Verkäufers die Zahlungsfrist. Bevor die verlängerte Zahlungsfrist abgelaufen und der Zahlungsanspruch fällig war, gingen die Waren im Eisenbahndepot unter. Das Gericht verneinte, daß dem Verkäufer ein Kaufpreisanspruch nach § 3551 des Civil Code¹⁾ zustehe. Der Verkäufer habe sich Besitz und Eigentum an den Waren zu seinem eigenen Schutz vorbehalten. Die Zahlungsfrist sei verlängert worden. Die Waren seien untergegangen, bevor der Wechsel bei Fälligkeit dem Käufer zur Zahlung vorgelegt worden sei. Dadurch, daß der Käufer nicht bei Vorlage des Wechsels gezahlt habe, sei der Untergang nicht verursacht worden. Der Verkäufer trage die Gefahr²⁾.

3. Zusammenfassung der Entscheidungen.

In den vorangehenden Entscheidungen beging der Käufer einen leichten³⁾ oder einen schweren⁴⁾ Vertragsbruch, indem er die Lieferung verzögerte. Den Fällen ist gemeinsam, daß das Eigentum nicht auf den Käufer überging. Im Zeitpunkt des Untergangs war der Verkäufer Eigentümer. Daher müßte stets der Verkäufer die Gefahr getragen haben, wenn die Gerichte ausschließlich dem Eigentumskonzept gefolgt wären. Die Rechtsprechung maß jedoch der Verzögerung der Lieferung besondere Bedeutung bei:

1. Georgia Code (1895): § 3551. Remedy of seller on default of buyer. If a purchaser refuses to take and pay for goods bought, the seller ... may store or retain the property for the vendee and sue him for the entire price.
2. 109 Ga. 469, 472 f., 34 S.E. 565 f. (1899) (Lewis, J.) (concurring opinion): "The mere failure of the defendant (the buyer) to pay the draft promptly could not, of course, have been the cause of the fire and the destruction of the flour; and it being destroyed while title and possession remained in the plaintiff (the seller), and during the extension of time in which the defendant was allowed to pay the purchase-money, we think the loss fell upon the plaintiff, ..."
3. So in den Entscheidungen Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331 (1868); McNeal v. Braun, 53 N.J.L. 617, 23 A. 687 (1892); Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co., 50 La. Ann. 544, 23 So. 619 (1898).
4. So in den Fällen McConihe v. New York & E.R.R. Co., 20 N.Y. 495, 75 Am. Dec. 420 (1859); Pittsburgh, C., & St.L.Ry. Co. v. Heck, 50 Ind. 303, 19 Am. Rep. 713 (1875); Mountain City Mill Co. v. Butler, 109 Ga. 469, 34 S.E. 565 (1899).

Auch in der Entscheidung Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co.¹⁾ war der Verkäufer im Zeitpunkt des Untergangs Eigentümer des Zuckerrohrs. Gleichwohl haftete der Käufer für den durch den Untergang eingetretenen Verlust auf Schadensersatz, da er die Bereitstellung von Transportmitteln verzögert hatte. Im Fall McNeal v. Braun²⁾ erörterte das Gericht, ob der Untergang während oder erst nach der Verzögerung durch den Käufer eingetreten war. Da die Schiffsladung erst nach der Verzögerung untergegangen war, führte die Verzögerung nicht zum Gefahrübergang. In der Entscheidung McConihe v. New York & E.R.R.³⁾ betonte das Gericht, daß der Untergang auf Zufall beruhe und in keinem Zusammenhang mit dem Vertragsbruch des Käufers stehe. Die entscheidende Frage, die die Rechtsprechung in diesen Fällen⁴⁾ stellte, lautete: Erwies sich der Untergang als notwendige Folge (necessary consequence) des Vertragsbruchs des Käufers bzw. war die Verzögerung durch den Käufer die nächste Ursache (proximate cause) des Untergangs? Wenn diese Frage wie in Delahoussaye zu bejahen war, dann haftete der Käufer wegen seines Vertragsbruchs dem Verkäufer für den durch den Untergang entstandenen Verlust auf Schadensersatz.

1. 50 La. Ann. 544, 548, 23 So. 619, 620 f. (1898).
2. 53 N.J.L. 617, 628, 23 A. 687, 691 (1892).
3. 20 N.Y. 495, 498, 75 Am.Dec. 420, 422 (1859). Vgl. dazu Benjamin, Sale of Personal Property, 8. Aufl., S. 399 f.
4. Siehe McConihe v. New York & E.R.R., 20 N.Y. 495, 497, 75 Am.Dec. 420, 422 (1859); Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331, 337 (1868); Pittsburgh, C., & St.L.Ry. Co.v.Heck, 50 Ind. 303,307, 19 Am.Rep. 713, 716 (1875); McNeal v.Braun, 53 N.J.L. 617,628, 23 A. 687,691 (1892); Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co., 50 La. Ann. 544,548, 23 So. 619,620 f. (1898); Mountain City Mill Co.v.Butler, 109 Ga. 469,472, 34 S.E. 565, 566 (1899).

FÜNFTER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER NACH § 22 (b) USA (Risk of Loss)¹⁾.

A. DIE ENTSTEHUNG DES § 22 (b) USA (Risk of Loss).

Als Vorlage für § 22 (b) USA (Risk of Loss) diente § 20, 2 (Risk of Loss) des englischen Sale of Goods Act von 1893²⁾. Die englische Vorschrift knüpfte an die Entscheidung Martineau v. Kitching³⁾ an. Darin wurde ausgesprochen, daß der Käufer bei Verzögerung des Eigentumsübergangs die Gefahr so trage, als ob das Eigentum rechtzeitig auf ihn übergegangen sei. Von dieser Regel unterschieden sich § 20,2 SGA, 1893 und § 22 (b) USA dadurch, daß das Gesetz auf die Verzögerung der Lieferung und nicht auf die Verzögerung des Eigentumsübergangs abstellte⁴⁾. Der Begriff der Lieferung wurde in § 76 (1) USA (Definition: "Delivery") als die vom Willen getragene Besitzverschaffung (voluntary transfer of possession) definiert. Da der Eigentumsübergang nicht stets mit der Lieferung zusammenfiel, wich § 22 (b) USA von der Common Law Regel in Martineau v. Kitching ab. Dadurch wurde der Anwendungsbereich dieser Gefahrtragsungsregel erweitert⁵⁾.

1. § 22 USA (Risk of Loss):

(b) Where delivery has been delayed through the fault of either buyer or seller the goods are at the risk of the party in fault as regards any loss which might not have occurred but for such fault.

2. Zur Identität des Wortlauts siehe Benjamin's Sale of Goods, S. 196 Rdnr. 415. Vgl. dazu Tweedle Bros., Inc. v. Berliner, 226 Or. 509, 513, 360 P. 2d 557, 559 (1961). Siehe auch Vold, Sales, 2. Aufl., S. 226 mit Fußn. 10.

3. L.R. 7 Q.B. 436, 456 (1872) (Blackburn, J.) (dictum).

4. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04 (2), S. 8-78 mit Fußn. 11; Benjamin on Sale, 8. Aufl., S. 399.

5. So Tweedle Bros., Inc. v. Berliner, 226 Or. 509, 513 f., 360 P. 2d 557, 559 f. (1961); ebenso Benjamin on Sale, 8. Aufl., S. 399.

B. § 22 (b) USA (Risk of Loss) ALS SPEZIALREGEL.

Nach § 22 USA trug grundsätzlich der Eigentümer die Gefahr. Davon machte § 22 (b) USA eine Ausnahme¹⁾: Die Gefahr ging unabhängig vom Eigentum²⁾ auf den Käufer über, wenn er die Lieferung verzögerte, indem er einen Vertragsbruch (fault) beging. Daß § 22 (b) USA (Risk of Loss) als Spezialregel vom Eigentumsprinzip in § 22 USA (Risk of Loss) abwich, dürfte der Grund dafür gewesen sein, daß die Gerichte diese Spezialregel nur zögernd und bisweilen überhaupt nicht angewandt haben³⁾. Beispiele dafür, daß die Gerichte den § 22 (b) USA einfach übergingen, geben die beiden folgenden Entscheidungen ab.

1. In Westmoreland Coal Co. v. Syracuse Lighting Co.⁴⁾ ging das Gericht auf die Verzögerung der Lieferung ein, ohne jedoch den § 22 (b) USA auch nur zu erwähnen: Die Löschung der Schiffsladung des Verkäufers verzögerte sich dadurch, daß der Käufer gerade andere Schiffe entlud. Die Schiffe mit der Ladung des Verkäufers machten so lange an einem anderen Kai fest. Dort brach am selben Tag ein Damm des Kanals, so daß die Schiffsladung unterging. Der Verkäufer erhob Klage auf den Kaufpreis.

Das Gericht entschied, der Käufer habe nach § 19 (rule 5) USA kein Eigentum an der untergegangenen Ladung erworben. Denn der Verkäufer sei verpflichtet gewesen, die Schiffsladung am Kai des Käufers anzuliefern. Ohne die

1. Siehe Bagan, 2. Aufl., S. 259; Baude, Kan.L.Rev. 13 (1965), 565, 566 mit Fußn. 16.

2. In den folgenden Entscheidungen ging die Gefahr nach § 22 (b) USA auf den Käufer über, während der Verkäufer Eigentümer blieb. Baltimore & Ohio R.R. v. Carter, 133 Md.551,554 f., 105 A. 760,762 (1919): Zwar sei "f.o.b. Verladestelle" vereinbart worden. Es habe jedoch keine Verladung stattgefunden. Daher sei der Verkäufer Eigentümer der Ware geblieben. Nach § 22 (b) USA trage der Käufer die Gefahr. Siehe auch Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co., 173 Wis. 20,23 f., 180 N.W. 136,137 (1920); Goe-deker v. Peter Kiewit Sons' Co., 171 Neb.532,536 ff., 106 N.W. 2d 679, 681 f. (1960).

Eigentums- und Gefahrübergang nach § 22 (b) USA fielen zusammen in Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc., 202 F. 2d 887, 892 f. (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp. 652,657 (N.D. Ohio 1952)). Siehe auch Vold, Sales, 2. Aufl., S. 226 mit Fußn. 12.

Vgl. auch die folgenden Entscheidungen zu § 20,2 SGA, 1893: Collins v. Wilson, 70 D.L.R. 642,645 ff. (Sask.Ct.App. 1922) (MacKay, J.A.); Demby Hamilton & Co. v. Barden, 1 All E.R. 435,438 (K.B. 1949) (Sellers, J.).

3. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 497 insbes. Fußn. 273.

4. 159 A.D. 323, 145 N.Y.S. 420 (1913).

Lieferung sei kein Eigentum übergegangen¹⁾. Als Eigentümer der Ladung trage der Verkäufer die Gefahr. Die Verzögerung der Entladung sei dem Verkäufer und nicht dem Käufer zuzuschreiben. Der Kai des Käufers sei mit Schiffen besetzt gewesen, die ebenfalls Ladungen des Verkäufers gebracht hätten. Der Verkäufer habe aber gewußt, daß nicht mehr als zwei Schiffe gleichzeitig am Kai des Käufers hätten gelöscht werden können. Da der Käufer die Verzögerung beim Löschen der Ladung nicht zu vertreten habe (defendant was not responsible for this delay), trage nicht er, sondern der Verkäufer als Eigentümer der Schiffsladung Kohle die Gefahr des Untergangs. Das Gericht bestätigte daher die Entscheidung der Vorinstanz, die die Kaufpreisklage (action to recover the purchase price) als unbegründet abgewiesen hatte.

11. Wie in der vorangehenden Entscheidung schenkte das Gericht in Cochran v. Friedman²⁾ dem § 22 (b) USA keine Beachtung, sondern maß die Gefahrtragung ausschließlich am Eigentum. Dabei hätte die Anwendung des § 22 (b) USA hier zum gegenteiligen Ergebnis geführt:

Die Verkäufer lieferten Äpfel vom Bahnhof mit eigenen Lastwagen an den Käufer. Nachdem der überwiegende Teil geliefert worden war, ließ sich für die restlichen Äpfel in den Lagerräumen des Käufers kein Platz mehr finden. Daraufhin blieb der Rest über Nacht unbewacht auf dem Bahnhof liegen, von wo er gestohlen wurde. Die Verkäufer erhoben Klage auf den Kaufpreis für die gestohlenen Äpfel. Nach Ansicht des Gerichts blieben die Verkäufer nach § 19 (rule 5) USA Eigentümer der nicht gelieferten Äpfel. Denn das Eigentum habe erst mit der Lieferung auf den Käufer übergehen sollen. Als Eigentümer hätten die Verkäufer die Gefahr des Diebstahls zu tragen. Für den Verlust der gestohlenen Äpfel v o r erfolgter Lieferung seien die Verkäufer und nicht der Käufer verantwortlich gewesen³⁾. Deshalb wies das Berufungsgericht (Supreme Court) im Gegeneatz zur Vorinstanz

1. 159 A.D. 323,326 f., 145 N.Y.S. 420,423 (1913); das Gericht berief sich auf die Entscheidungen Grant v. United States, 74 U.S. (7 Wall.) 331 (1868) und auf McNeal v. Braun, 53 N.J.L. 617, 23 A. 687 (1892).
2. 191 N.Y.S. 729 (Sup.Ct.1922). Vgl. dazu N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 498 insbes. Fußn. 276 (Fall Nr. 5).
3. 191 N.Y.S. 729 f.(Sup.Ct.1922); das Gericht berief sich auf die folgenden Entscheidungen:Brady v.Cassidy, 145 N.Y.171,176 ff., 39 N.E. 814,815 ff. (1895) (aff'd 104 N.Y. 147,152,156, 10 N.E. 131,133,135 (1887)): Den Verkäufern stehe der Kaufpreis nur insoweit zu, als sie die Waren geliefert hätten. Gross v. Ajello, 132 A.D. 25,28, 116 N.Y.S. 380,382 (1909): Erst wenn der Käufer die Waren in Empfang genommen habe, sei die Lieferung erfolgt.

(Municipal Court) die Kaufpreisklage als unbegründet ab.

Auf die spezielle Gefahrtragsregel in § 22 (b) USA (Risk of Loss) ging das Berufungsgericht nicht ein, obwohl deren Voraussetzungen hier erfüllt waren:

Der Käufer verzögerte nämlich dadurch die Abnahme, daß er nicht für ausreichenden Platz im Lagerhaus gesorgt hatte. Ohne die Verzögerung wären die Äpfel aber nicht nachts vom Bahnhof gestohlen worden. Wenn also das Berufungsgericht den § 22 (b) USA angewandt hätte, dann wäre infolge der Verzögerung die Gefahr auf den Käufer übergegangen, und die Kaufpreisklage der Verkäufer hätte Erfolg haben müssen.

C. DIE TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN DES § 22 (b) USA (Risk of Loss).

1. Die Verzögerung.

Die Verzögerung der Lieferung mußte auf einem vertragswidrigen Verhalten (fault) des Käufers beruhen. "Fault" wurde in § 76 (1) USA als "wrongful act or default" definiert. Daran fehlte es, wenn die Parteien für die Lieferung einen späteren Zeitpunkt vereinbarten¹⁾. Die Vereinbarung eines späteren Lieferzeitpunkts führte dann dazu, daß § 22 (b) USA keine Anwendung fand²⁾.

1. In dem Fall Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co.³⁾ verneinte das Gericht, daß sich der Verkäufer mit der Verzögerung durch den Käufer abgefunden habe (acquiescence). Der Käufer trage vielmehr wegen seiner Verzögerung die Gefahr (§ 22 (b) USA):

Wegen der bestehenden Waldbrandgefahr forderte der Verkäufer den Käufer einer Partie Holz zwei Mal nachdrücklich auf, Versendungsinstruktionen zu erteilen. Zwar erklärte sich der Käufer bereit, in e i n oder z w e i Tagen Anweisungen zu geben. Gleichwohl hatte der Käufer z e h n Tage später immer noch keine Anweisungen an den Verkäufer erteilt. Nunmehr wurde das Holz durch ein Feuer zerstört. Gegenüber dem Zahlungsbegehren des Verkäufers wandte der Käufer ein, er trage nicht nach § 22 (b) USA die Gefahr. Denn der Verkäufer habe in die Abnahmeverzögerung stillschweigend

1. Siehe Vold, Sales, 1931, S. 118 f. Fußn. 5.

2. Siehe Annotation, A.L.R. 2d 38 (1954), 662.

3. 173 Wis. 20, 180 N.W. 136 (1920).

eingewilligt.

Das Gericht trat der Ansicht des Käufers entgegen. Es bejahte einen Gefahrübergang auf den Käufer nach § 22 (b) USA. Denn der Verkäufer habe keineswegs in die Verzögerung eingewilligt. Vielmehr habe er täglich auf die Lieferanweisungen des Käufers gewartet. Der Verkäufer habe auf die Zusage des Käufers vertrauen dürfen, er werde in ein oder zwei Tagen Lieferinstruktionen erteilen¹⁾.

2. Anders als in dem vorangehenden Fall bejahte das Gericht in Daniel Gage, Inc. v. Kimbal²⁾ eine Verlängerung der Lieferfrist durch die Parteien. Aufgrund mündlicher Abrede verlängerten die Parteien die Frist, bis zu deren Ablauf der Käufer all das Eis abnehmen sollte, das für ihn in einem Kühlhaus des Verkäufers bis zur Lieferung bereitgehalten wurde. Bevor die verlängerte Frist verstrichen war, ging das Eis unter. Das Gericht entschied, die Gefahr sei nicht nach § 22 (b) USA auf den Käufer übergegangen³⁾. Denn der Käufer habe die Abnahme nicht verzögert, so daß keine Vertragsverletzung eingetreten sei. Das Eis sei untergegangen, bevor die verlängerte Abnahmefrist abgelaufen gewesen sei.

3. Daß es sich bei der Verlängerung der Lieferfrist nicht nur um einen rein tatsächlichen Aufschub, sondern um eine vertragliche Vereinbarung handeln mußte, betonte das Gericht in Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc.⁴⁾:

Der Käufer bat den Verkäufer zwei Mal um Aufschub der Lieferung. Der Verkäufer gab dem Drängen des Käufers nach und gewährte jeweils rein tatsächlich den gewünschten Aufschub, ohne damit jedoch eine rechtliche Vereinbarung über eine Verlängerung der Lieferfrist zu treffen. Nunmehr ging die Maschine beim Verkäufer unter.

Das Gericht bejahte den Gefahrübergang auf den Käufer nach § 22 (b) USA⁵⁾.

1. 173 Wis. 20,24, 180 N.W. 136, 137 (1920).

2. 288 Mass. 413, 193 N.E. 30 (1934). Vgl. dazu Annotation, A.L.R. 2d 38 (1954), 663.

3. 288 Mass. 413,421 f., 193 N.E. 30,33 f. (1934).

4. 202 F. 2d 887 (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp. 652 (N.D. Ohio 1952)) .

5. 202 F. 2d 887,893 (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp. 652,657 (N.D. Ohio 1952)) : Das Gericht berief sich auf die Entscheidung Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co., 173 Wis. 20, 180 N.W. 136.

Der Käufer berufe sich zu Unrecht auf die Entscheidung Cochrane v. Forbes¹⁾. Dieser Entscheidung zufolge sei die Verzögerung dann keine Vertragsverletzung (fault) im Sinne von § 22 (b) USA, wenn sich die Parteien auf einen späteren Lieferzeitpunkt vertraglich geeinigt hätten. In Cochrane v. Forbes hätten die Parteien einen neuen Vertrag geschlossen und erneut eine Gegenleistung (consideration) erbracht. Es sei Inhalt des neuen Vertrages gewesen, daß der Käufer die Waren erst zu einem späteren Zeitpunkt abzunehmen brauche. Hingegen sei im vorliegenden Fall die Lieferfrist nur rein faktisch aufgeschoben und nicht vertraglich verlängert worden²⁾. Es sei auch nicht nochmals eine "consideration" gewährt worden. Der Verkäufer habe lediglich dem wiederholten Drängen des Käufers nachgegeben, die Maschine noch eine Zeitlang auf seinem Gelände zu lagern. Der Lieferungsaufschub habe einzig und allein im Interesse des Käufers gelegen.

4. Zusammenfassung der Entscheidungen.

Wie die Entscheidung Daniel Cage, Inc. v. Kimball³⁾ demonstriert, ging die Gefahr nach § 22 (b) USA dann nicht auf den Käufer über, wenn die Parteien die Lieferfrist ausdrücklich verlängert hatten, so daß es an einer Verzögerung durch den Käufer fehlte. In Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat. Inc.⁴⁾ kam es zu einer vertraglichen Verlängerung der Lieferfrist. Darin unterschied sich diese Entscheidung von dem Fall Cochrane v. Forbes⁵⁾, auf den sich der Käufer in Sadler Machinery Co. ohne Erfolg berief. Im Fall Cochrane hatten die Parteien durch Vertrag die Lieferfrist verlängert. Im Rahmen dieser vertraglichen Änderung wurden erneut Leistung und Gegenleistung ausgetauscht (consideration). Wenn hingegen in Sadler Machinery Co. die Lieferfrist auch nicht ausdrücklich vertraglich verlängert wurde, so hätte das Gericht doch prüfen müssen, ob nicht eine stillschweigende Einigung (acquiescence) über die Verlängerung der Lieferfrist zustandegekommen war. Diese Prüfung stellte das Gericht in Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co.⁶⁾ an: Die Parteien hatten keine ausdrückliche Vereinbarung ge-

1. 257 Mass. 135, 153 N.E. 566 (1926).

2. Vgl. Vold, Sales, 2.Aufl., S. 226 Fußn. 12: "... risk of loss on buyer though seller as a favor acquiesced, no new deal being made".

3. 288 Mass. 413, 193 N.E. 30 (1934).

4. 202 F. 2d 887 (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp. 652 (N.D. Ohio 1952)).

5. 257 Mass. 135, 153 N.E. 566 (1926).

6. 173 Wis. 20, 180 N.W. 136 (1920).

troffen, die Abnahmefrist zu verlängern. Fraglich war daher, ob der Verkäufer konkludent in die Verzögerung eingewilligt hatte. Dies verneinte das Gericht und gelangte so zur Verzögerung durch den Käufer und damit zur Gefahrtragung des Käufers nach § 22 (b) USA.

Festzuhalten bleibt somit, daß die Rechtsprechung einen Gefahrübergang nach § 22 (b) USA dann verneinte, wenn die Lieferfrist durch eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung oder aufgrund konkludenter Einigung (acquiescence) verlängert worden war, so daß es an einer Verzögerung durch den Käufer fehlte.

II. Der leichte Vertragsbruch.

Hatte die Weigerung des Käufers, die Ware abzunehmen, endgültigen Charakter, so handelte es sich um einen schweren Vertragsbruch. Hingegen beging der Käufer einen leichten Vertragsbruch, wenn er die Abnahme der Ware nur vorübergehend verzögerte. § 22 (b) USA fand nur bei vorübergehender Verzögerung¹⁾ und nicht bei endgültiger Abnahmeverweigerung²⁾ des Käufers Anwendung. Wenn der Käufer die Abnahme endgültig verweigerte und somit einen schweren Vertragsbruch beging, dann folgte die Gefahrtragung dem Eigentum (§ 22 USA) und unterlag nicht der Spezialregel in § 22 (b) USA. Der Verkäufer konnte dann wegen der endgültigen Abnahmeverweigerung des Käufers zwischen drei Rechtsbehelfen (remedies) wählen; um welche Rechtsbehelfe es sich hierbei handelte, wird in der folgenden Entscheidung *Rylance v. James Walker Co.*³⁾ deutlich.

1. Der Käufer in *Rylance v. James Walker Co.* verzögerte nicht nur vorübergehend, sondern verweigerte endgültig die Abnahme, so daß § 22 (b) USA keine Anwendung fand:

1. Siehe Vold, Sales, 2. Aufl., S. 227; Williston on Contracts, Bd. 8, § 967, S. 477 f. mit Fußn. 13 f.
2. Siehe Bamber's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04(2), S. 8-78 mit Fußn. 11; Williston on Contracts, Bd. 8, § 961, S. 434 Fußn. 6; King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 276 mit Fußn. 44 f.
3. 129 Md. 475, 99 A. 597 (1916). Vgl. dazu Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 322 f.

Der Verkäufer versandte eine Ladung Stricke unter Eigentumsvorbehalt an den Käufer. Durch eine Bank ließ er dem Käufer den Warenwechsel zusammen mit dem Ladeschein zur Zahlung vorlegen. Der Käufer weigerte sich gegenüber der Bank, die Wechselsumme in voller Höhe zu begleichen. Er erklärte sich jedoch bereit, einen Teil der Wechselsumme zu zahlen. Da der Käufer die Zahlung des vollen Betrages verweigerte, händigte ihm die Bank den Wechsel und den Ladeschein nicht aus. Der Ladeschein, der den Käufer gegenüber der Transportperson zur Empfangnahme der Stricke legitimiert hätte, blieb im Besitz der Bank. Die Stricke wurden nicht an den Käufer ausgehändigt. Der Verkäufer erteilte der Transportperson keinerlei Anweisung, was nunmehr mit den Stricken geschehen sollte. Ohne Anweisung des Verkäufers verwahrte die Transportperson die Stricke in einem Lagerhaus, wo sie durch ein Feuer vernichtet wurden. Der Verkäufer erhob Klage auf den Kaufpreis.

Die Klage wurde abgewiesen. Das Gericht entschied, die Gefahr sei nicht nach § 22 (b) USA auf den Käufer übergegangen. Die Vorschrift gelange nur dann zur Anwendung, wenn die Verzögerung vorübergehend sei und nicht zur endgültigen Störung des Vertrages führe¹⁾. Im vorliegenden Fall handle es sich nicht nur um eine bloße Verzögerung. Der Käufer habe sich geweigert, die Wechselsumme zu zahlen und die Stricke in Empfang zu nehmen. Wenn der Käufer die Abnahme der Ware und die Zahlung verweigere, so könne der Verkäufer unter drei Rechtsbehelfen wählen: Erstens. Wenn der Verkäufer die Ware treuhänderisch für den Käufer bereithalte, habe er gegen den Käufer einen Kaufpreisanspruch. Zweitens. Der Verkäufer könne die Ware als sein Eigentum behandeln. Dann habe er gegen den Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Marktpreis. Oder drittens. Der Verkäufer könne einen Deckungsverkauf (resale) vornehmen und vom Käufer Schadensersatz verlangen. Im vorliegenden Fall habe sich der Verkäufer für keinen dieser drei Rechtsbehelfe entschieden. Der Verkäufer habe keine Maßnahmen zur sicheren Lagerung der Stricke ergriffen, nachdem der Käufer die Abnahme der Ladung verweigert habe. Vielmehr habe der Verkäufer die Stricke einfach ihrem Schicksal über-

1. 129 Md. 475, 484, 99 A. 597, 599 f. (1916): Das Gericht berief sich auf Williston on Sales, 1909, § 306, S. 465. Vgl. auch die Entscheidungsanmerkung, A.L.R. 2d 38 (1954), 661 f.

lassen. Hätte er die Stricke verwahrt, so wären diese nicht untergegangen. Hingegen sei der Vertragsbruch des Käufers nicht die unmittelbare Ursache (proximate cause) des Untergangs gewesen¹⁾. Der Käufer habe daher auch nicht die Gefahr des Untergangs zu tragen.

2. Im Unterschied zur vorangehenden Entscheidung verweigerte der Käufer in Turner Looker Co. v. Hindman²⁾ die Abnahme nicht endgültig, sondern verzögerte sie lediglich vorübergehend. Deshalb bejahte das Gericht den Gefahrübergang auf den Käufer nach dem (englischen) § 20,2 SGA, 1893, dem der spätere (amerikanische) § 22 (b) USA nachgebildet wurde.

Der Verkäufer versandte eine Ladung Whisky unter Eigentumsvorbehalt an den Käufer. Er ließ dem Käufer am Bestimmungsort den Warenwechsel zusammen mit dem Ladeschein zur Zahlung vorlegen. Der Käufer erklärte sich bereit, bei Ankunft des Whisky auf den Wechsel zu zahlen. Als die Ladung eintraf, wurde der Käufer sofort benachrichtigt und gebeten, den Whisky im Lager abzuholen. Nach einer Woche hatte der Käufer immer noch nicht auf den Wechsel gezahlt. Daraufhin mahnte ihn der Verkäufer. Als die Ladung zehn bis zwölf Tage im Lager verwahrt worden war, forderte der Lagerhalter den Käufer auf, nunmehr den Whisky abzuholen. Der Käufer sagte zu, die Ladung am nächsten Tag abzunehmen. In der Nacht wurde der Whisky durch ein Feuer vernichtet.

Das Gericht entschied, die Gefahr sei auf den Käufer übergegangen. Zwar habe sich der Verkäufer bis zur Zahlung das Eigentum am Whisky vorbehalten. Der Verkäufer habe jedoch seine Lieferpflicht erfüllt. Hingegen habe der Käufer die Abnahme verzögert³⁾. Daraufhin habe der Verkäufer die Ladung Whisky für den Käufer und auf dessen Gefahr verwahren lassen⁴⁾. Mit dieser Maßnahme stehe im Einklang, daß der Verkäufer nach einer Woche den Käufer zur Zahlung gemahnt habe. Zugleich stützte das Gericht seine Entscheidung

1. 129 Md. 475, 486, 99 A. 597, 600 (1916).
2. 298 Mo. 61, 250 S.W. 388 (1923) (aff'd 232 S.W. 1076 (Ct. App. 1921)).
3. 298 Mo. 61, 68, 250 S.W. 388, 389 (1923): Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der ähnlich gelagerten Entscheidung Roaring Fork Potato Growers v. Clemons Produce Co., 193 Mo. App. 653, 187 S.W. 617 (1916). In der Entscheidung Roaring habe der Verkäufer seine Pflichten nicht erfüllt, wohingegen der Käufer seinen Pflichten nachgekommen sei.
4. 298 Mo. 61, 68 f., 250 S.W. 388, 389 f. (1923): Das Gericht berief sich auf die Entscheidung Dobbins v. Edmonds, 18 Mo. App. 307 (1885).

auf § 20,2 SGA, 1893. Hierbei handele es sich zwar um eine englische Gesetzesvorschrift. Diese Vorschrift verkörpere jedoch auch die Regel des amerikanischen Common Law.

3. Gegenüberstellung der Entscheidungen.

Das Gericht in *Rylance v. James Walker Co.*¹⁾ verneinte den Gefahrübergang nach § 22 (b) USA, während sich in *Turner Looker Co. v. Hindman*²⁾ der Gefahrübergang nach § 20,2 SGA, 1893 vollzog. Darin liegt kein Widerspruch beider Entscheidungen. Denn im Fall *Rylance* war die Weigerung des Käufers, die Ware abzunehmen und zu bezahlen, endgültig. Der Käufer beging einen schweren Vertragsbruch. Aufgrund der endgültigen Abnahmeverweigerung des Käufers hatte der Verkäufer die Wahl zwischen drei Rechtsbehelfen (remedies): Wenn sich der Verkäufer dafür entschieden hätte, die Ware treuhänderisch für den Käufer bereitzuhalten, dann hätte dem Verkäufer der Kaufpreisanspruch zugestanden. Der Käufer hätte dann die Gefahr des Untergangs zu tragen gehabt. Bei der endgültigen Abnahmeverweigerung des Käufers hing der Gefahrübergang also davon ab, für welchen der drei Rechtsbehelfe (remedies) sich der Verkäufer entschied.

Demgegenüber konnte bei nur vorübergehender Verzögerung der Verkäufer nicht zwischen drei "remedies" wählen. Es bedurfte daher einer besonderen Regel, nämlich des § 22 (b) USA, damit die Gefahr aufgrund der vorübergehenden Verzögerung auf den Käufer übergehen konnte.

III. Verzögerung der Lieferung oder des Eigentumsübergangs?

§ 22 (b) USA setzte voraus, daß der Käufer die Lieferung verzögerte. Die Gerichte differenzierten nicht immer zwischen der Verzögerung der Lieferung und der des Eigentumsübergangs. Das wird deutlich in der Entscheidung *Goedeker v. Peter Kiewit Sons' Co.*³⁾:

Der Installateur sagte dem Kunden zu, ihm während der zweiten Dezemberhälfte eine Einbauküche zu liefern. Er lieferte die Küche zwar erst Anfang Januar, erklärte sich aber bereit, sofort mit dem Einbau zu beginnen. Auf Wunsch des Kunden wurde der Einbau auf die zweite Januarhälfte verschoben.

--

1. 129 Md. 475, 99 A. 597 (1916).

2. 298 Mo. 61, 250 S.W. 388 (1923) (aff'd 232 S.W. 1076 (Ct.App. 1921)).

3. 171 Neb. 532, 106 N.W. 2d 679 (1960).

Mitte Januar vernichtete ein Feuer die Küchenteile, die sich bereits beim Kunden befanden. Beide Parteien waren gegen den Verlust versichert.

Das Gericht entschied, die Gefahr sei nach § 22 (b) USA auf den Kunden übergegangen. Zwar sei der Installateur Eigentümer der Einbauteile geblieben. Das Eigentum habe erst mit dem Einbau der Küchenteile auf den Kunden übergehen sollen. Im Zeitpunkt des Untergangs habe der Einbau noch ausgestanden. Die Gefahr sei gleichwohl auf den Kunden übergegangen, da er den Einbau verzögert habe. Der Installateur habe bereits Anfang Januar angeboten, den Einbau durchzuführen.

Im Fall Goedeker bejahte das Gericht eine Verzögerung (delay) nach § 22 (b) USA. Indem der Kunde den Einbau der an ihn gelieferten Küchenteile hinaus-schob, verzögerte er den Eigentumsübergang. Die Lieferung als Besitzver-schaffung verzögerte sich dadurch nicht. Das Gericht nahm die Verzögerung des Eigentumsübergangs zum Anlaß, den Gefahrübergang nach § 22 (b) USA zu bejahen. Dadurch wurde der Kunde so gestellt, wie er bei rechtzeitigem Eigen-tumsübergang stünde: Er trüge als Eigentümer nach § 22 USA die Gefahr.

IV. Das pflichtwidrige Verhalten des Käufers.

Die Gefahr ging nach § 22 (b) USA auf den Käufer über, wenn er die Lie-ferung dadurch verzögerte, daß er seine Mitwirkungshandlung nicht erbrachte (fault). Die Mitwirkungshandlung des Käufers konnte in der Abnahme der Wa-ren oder in einem sonstigen zur Lieferung erforderlichen Akt bestehen¹⁾. Im einzelnen lassen sich folgende Fälle unterscheiden²⁾:

1. Die Holschuld.

In der Entscheidung Shilling v. Campbell³⁾ erklärte sich der Käufer bereit, die Bohnen im April beim Verkäufer abzuholen. Ende April forderte der Ver-käufer den Käufer zur Abholung auf. Der Käufer sagte zu, die Bohnen in eini-gen Tagen abzuholen. Zwei Wochen später, in der ersten Maihälfte, warnte der Verkäufer den Käufer vor der drohenden Überschwemmungsgefahr. Am nächsten Tag wurden die Bohnen, die sich immer noch beim Verkäufer befanden, vom Hoch-

1. Siehe Bagan, When Does Title Pass, 1948, S. 61 und 106.

2. Siehe auch White und Summers, S. 147 Fußn. 26.

3. 38 Ill. App. 2d 180, 186 N.E. 2d 782 (1962).

wasser vernichtet. Der Verkäufer hatte zuvor vergeblich versucht, den Käufer telefonisch zu erreichen. Nach Ansicht des Gerichts trug der Käufer nach § 22 (b) USA die Gefahr¹⁾. Der Käufer sei zur Abholung im April verpflichtet gewesen. Er habe die Abholung pflichtwidrig unterlassen (fault). Das habe zum Untergang der Ware geführt.

2. Die Lieferanweisungen des Käufers.

Erteilte der Käufer nicht die erforderlichen Versendungsanweisungen, so konnte der Verkäufer nicht den Transport veranlassen. Die Lieferung verzögerte sich im Sinne von § 22 (b) USA. In der Entscheidung Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co.²⁾ forderte der Verkäufer den Käufer wiederholt auf, Versendungsanweisungen zu erteilen. Als der Käufer schließlich mit zwölf-tägiger Verspätung Anweisungen gab, war das Holz bereits untergegangen. Das Gericht entschied, der Käufer trage nach § 22 (b) USA die Gefahr³⁾.

Der Käufer im Fall Planters' Oil Mill & Gin Co. v. A.K. Burrow Co.⁴⁾ verzögerte die Erteilung von Versendungsanweisungen. Anschließend gingen die Waren unter. Der Verkäufer klagte auf Zahlung des Kaufpreises. Das Gericht entschied, der Verkäufer habe keinen Kaufpreisanspruch gegen den Käufer. Der Verkäufer sei Eigentümer der Waren geblieben und trage als solcher die Gefahr⁵⁾. Stattdessen hätte das Gericht den Gefahrübergang auf den Käufer bejahen müssen, wenn es der Verzögerung durch den Käufer eine eigenständige Bedeutung für den Gefahrübergang zuerkannt hätte.

In der englischen Entscheidung Demby Hamilton & Co. v. Barden⁶⁾ erteilte der Käufer trotz mehrfacher Aufforderungen des Verkäufers keine Lieferanweisungen. Infogedessen fiel die Ware (Apfelsaft) dem Verderb anheim. Nach Auffassung des Gerichts ging die Gefahr nach § 20,2 SGA, 1893 auf den Käufer über.

1. 38 Ill. App. 2d 180, 185 f., 186 N.E. 2d 782, 784 f. (1962). Vgl. dazu King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 276 mit Fußn. 39.

2. 173 Wis. 20, 180 N.W. 136 (1920). Vgl. dazu Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 322 mit Fußn. 76.

3. 173 Wis. 20, 23 f., 180 N.W. 136, 137 (1920).

4. 10 F. 2d 312 (5th Cir. 1925). Vgl. dazu Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 321 mit Fußn. 72.

5. 10 F. 2d 312, 314 (5th Cir. 1925).

6. 1 All E.R. 435, 436 ff. (K.B. 1949) (Sellers, J.).

3. Die Beschaffung von Transportmitteln.

In der Entscheidung Baltimore & Ohio R.R. v. Carter¹⁾ kam der Käufer seiner Verpflichtung nicht rechtzeitig nach, die Ware zu untersuchen und Transportmittel bereitzustellen²⁾. Aus diesem Grund bejahte das Gericht nach § 22 (b) USA den Gefahrübergang auf den Käufer³⁾.

V. Das Kausalitätserfordernis.

1. Die Rechtsprechung zum Kausalzusammenhang in § 22 (b) USA.

Die folgenden Entscheidungen befaßten sich mit der Kausalität zwischen der Verzögerung der Lieferung und dem Untergang der Ware in § 22 (b) USA:

Im Fall Baltimore & Ohio R.R. v. Carter⁴⁾ verpflichtete sich der Käufer, das Holz am Verladeort zu untersuchen und Transportmittel bereitzustellen. Der Käufer kam dieser Verpflichtung nicht nach, obwohl ihn der Verkäufer mehrfach dazu aufforderte. Schließlich wurde das Holz durch ein Unwetter vernichtet. Das Gericht entschied, der Käufer trage nach § 22 (b) USA die Gefahr⁵⁾. Die Verzögerung durch den Käufer sei für den Untergang ursächlich geworden. Hätte der Käufer das Holz rechtzeitig untersucht und Transportmittel zur Verfügung gestellt, dann wäre es nicht untergegangen.

Der Verkäufer in Schenning v. Devere & Schloegel Lumber Co.⁶⁾ forderte unter Hinweis auf die Brandgefahr den Käufer wiederholt auf, Versendungsanweisungen zu erteilen. Der Käufer teilte schließlich mit, er werde in ein oder zwei Tagen Instruktionen geben. Zehn Tage später ging das Holz unter, ohne daß der Käufer Anweisungen erteilt hatte. Das Gericht bejahte den Gefahrübergang auf den Käufer nach § 22 (b) USA. Angesichts der objektiv bestehenden und auch vom Käufer erkannten Waldbrandgefahr habe der Käufer seine Lieferanweisungen unangemessen verzögert. Die Verzögerung habe den Untergang

1. 133 Md. 551,554, 105 A. 760,762 (1919).

2. Vgl. zum umgekehrten Fall, daß der Verkäufer nicht rechtzeitig Transportmittel beschaffte, die Entscheidung L.H. Grammes & Sons v. Landis Bros., 30 Pa. Dist. 705 (1920).

3. Vgl. im Common Law die Entscheidungen Delahoussaye v. Adeline Sugar Factory Co., 50 La. Ann. 544, 23 So. 619 (1898) - oben S.65 f. -; ferner American Oak Extract Co. v. Ryan, 104 Ala. 267, 15 So. 807 (1894).

4. 133 Md. 551, 105 A. 760 (1919).

5. 133 Md. 551,554 f., 105 A. 760,762 (1919). Vgl. dazu Bagan, When Does Title Pass, 1948, S.60 f.; White und Summers, S. 147 Fußn. 26.

6. 173 Wis. 20, 180 N.W. 136 (1920). Vgl. dazu Bagan, When Does Title Pass, 2. Aufl. S. 262 f.

des Holzes bewirkt¹⁾.

Im Fall Tweedle Bros., Inc. v. Berliner²⁾ forderte der Verkäufer den Käufer auf, das restliche Holz abzunehmen. Zur Zeit des Lieferangebots des Verkäufers entsprach der Feuchtigkeitsgrad des Holzes den vertraglichen Vereinbarungen. Als der Käufer die Abnahme des Holzes verweigerte, lagerte es der Verkäufer für den Käufer ein. Während der Lagerung stieg der Feuchtigkeitsgrad des Holzes so an, daß das vereinbarte Höchstmaß an Feuchtigkeit überschritten wurde. Das Gericht setzte sich damit auseinander, ob der Käufer nach § 22 (b) USA die Gefahr der Verschlechterung des Holzes zu tragen habe. Es sei zu fragen, ob die Verschlechterung auch dann eingetreten wäre, wenn der Käufer die Abnahme nicht verzögert hätte. Diese Frage nach dem Ursachenzusammenhang sei von den Gerichten anderer amerikanischer Einzelstaaten mehrfach erörtert worden³⁾.

2. Die Literatur zur Kausalität in § 22 (b) USA.

Nach § 22 (b) USA führte nicht jede, sondern nur die für den Untergang kausale Verzögerung des Käufers zum Gefahrübergang⁴⁾. Fraglich war, welchen Erfordernissen die Kausalität unterlag. Es wurde die Ansicht⁵⁾ vertreten, Verursachung in § 22 (b) USA bedeute nicht wie im Common Law "proximate cause"⁶⁾. Das ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte des § 22 (b) USA, der dem § 20,2 SGA, 1893 nachgebildet worden sei. § 20,2 SGA, 1893 habe ursprünglich gelaute: "... as regards any loss which w o u l d ⁷⁾ not have occurred but for such fault." Die Fassung sei geändert worden in: "... as

1. 173 Wis. 20,23 f., 180 N.W. 136,137 (1920). Vgl. auch Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc., 202 F. 2d 887,893 (6th Cir. 1953) (aff'd 102 F. Supp.652 (N.D. Ohio 1952)), wo auf den vorliegenden Fall Bezug genommen wurde.
2. 226 Or. 509, 360 P. 2d 557 (1961). Vgl. dazu Nordstrom, S.413 f. Fußn.46.
3. 226 Or. 509,514, 360 P. 2d 557,560 (1961): Das Gericht verwies auf die Entscheidungen Central Lith. & Eng.Co. v.Moore, 75 Wis. 170, 43 N.W. 1124 (1889); Baltimore & Ohio R.R. v.Carter, 133 Md. 551, 105 A. 760 (1919); Schenning v.Devere & Schloegel Lumber Co., 173 Wis. 20, 180 N.W. 136 (1920); Fischer v.Means, 88 Cal. App. 2d 137, 198 P. 2d 389 (1948); Sadler Machinery Co. v. Ohio Nat., Inc., 202 F. 2d 887 (6th Cir. 1953).
4. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 497 Fußn. 274. Siehe auch Williston on Contracts, § 967, S. 478 f.
5. Vold, Sales, 2.Aufl., S. 226 mit Fußn. 11; Williston on Contracts, § 967, S. 479 mit Fußn. 19.
6. Siehe unten S. 85 Fußn. 5 .
7. Hervorhebung vom Verfasser.

regards any loss which might¹⁾ not have occurred but for such fault." Die revidierte Fassung sei dem § 22 (b) USA zugrundegelegt worden. Aus der revidierten Fassung gehe hervor, daß der Käufer die Beweislast dafür trage, daß der Untergang auch ohne seine Verzögerung eingetreten wäre. Die Kausalität zwischen der Verzögerung und dem Untergang werde widerlegbar vermutet²⁾. Zweifel an der Kausalität gingen zu Lasten des im Verzug befindlichen Käufers. Außerdem wurde gefordert, der Untergang müsse als Folge der Verzögerung wahrscheinlich (probable) und vorhersehbar (foreseeable) sein³⁾. Somit unterschied sich der Kausalitätsmaßstab des § 22 (b) USA nicht von der "proximate cause" im Common Law⁴⁾. Was unter "proximate cause" zu verstehen sei, erläuterte das Gericht in Illinois Cent. R.R. v. Oswald⁵⁾.

1. Hervorhebung durch den Verfasser.
 2. Im englischen Recht wurde eine solche Kausalitätsvermutung für § 20, 2 (Risk of Loss) des Sale of Goods Act von 1893 verneint in: Demby Hamilton & Co. v. Barden, 1 All E.R. 435, 437 (K.B. 1949) (Sellers, J.). Ebenso Benjamin's Sale of Goods, S. 197 Rdnr. 416. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 323.
 3. Siehe Williston on Contracts, § 967, S. 479.
 4. So Bugan, 2. Aufl., S. 260; vgl. oben S. 70.
 5. 338 Ill. 270, 273 f., 170 N.E. 247, 249 (1930): "What constitutes proximate cause has been defined in numerous decisions, ... The injury must be the natural and probable result of the negligent act or omission and be of such a character as an ordinarily prudent person ought to have foreseen might probably occur as a result of the negligence, although it is not essential that the person charged with negligence should have foreseen the precise injury which might result from his act. If the negligence does nothing more than furnish a condition by which the injury is made possible and that condition causes an injury by the subsequent independent act of a third person, the creation of the condition is not the proximate cause of the injury ... An intervening efficient cause is a new and independent force which breaks the causal connection between the original wrong and the injury and itself becomes the direct and immediate cause of the injury." (Zitate im Text der Entscheidung ausgelassen).
- Vgl. auch Krauss v. Greenberg, 137 F. 2d 569 (3rd Cir. 1943): Eine natürliche Ursache sei dann eine Ursache im Rechtssinne, wenn sie in wesentlichem Umfang zum Eintritt des Schadens beitrage.

D. DIE KONKRETISIERUNG BEIM GATTUNGSKAUF.

Die Gefahr ging beim Gattungskauf nur dann nach § 22 (b) USA auf den Käufer über, wenn die Waren konkretisiert worden waren¹⁾. Vor der Konkretisierung fehlte es an einem Bezugsobjekt für die Gefahrtragung. Das bringen die folgenden Entscheidungen zum Ausdruck:

1. Humphrey v. Sagouspe²⁾.

Der Verkäufer verfügte über eine Herde von fünfzehnhundert Schafen. Davon sollte der Käufer zwölfhundert auswählen. Der Käufer verweigerte die Vertragserfüllung, als der Verkäufer ihn zur Auswahl und Abnahme der Schafe aufforderte. Daraufhin unternahm der Verkäufer einen Deckungsverkauf (resale) der Schafe. Vom Zeitpunkt der Abnahmeverweigerung des Käufers bis zum Deckungsverkauf starben sieben der insgesamt fünfzehnhundert Schafe. Das Gericht hatte darüber zu befinden, ob der Käufer die Verlustgefahr für sieben Schafe trug. Dazu führte es aus, es lasse sich nicht mit Sicherheit sagen, daß der Käufer aus den fünfzehnhundert auch die sieben Schafe ausgesucht hätte, wenn er zwölfhundert ausgewählt hätte. Aus diesem Grunde sei die Verlustgefahr für die sieben Schafe nicht nach § 22 (b) USA auf den Käufer übergegangen³⁾.

Im vorliegenden Fall fehlte es an einer Aussonderung der Schafe. Da nur ein Teil der Herde verendete, war nicht sicher, daß gerade die untergegangenen Schafe ausgesondert worden wären. Das Gericht hätte noch aus einem weiteren Grund den Gefahrübergang nach § 22 (b) USA verneinen können. Wie die Entscheidung Rylance v. James Walker Co.⁴⁾ hervorhob, fand § 22 (b) USA nur bei vorübergehender Verzögerung und nicht bei schwerem Vertragsbruch Anwendung. Im vorliegenden Fall verweigerte der Käufer endgültig die Vertragserfüllung. Darin lag ein schwerer Vertragsbruch des Käufers, der die Anwendung von § 22 (b) USA ohnehin ausschloß.

1. Ebenso setzte der Eigentumsübergang beim Gattungskauf nach § 19 (rule 4) (1) USA voraus, daß die Konkretisierung (appropriation) stattgefunden hatte; siehe dazu oben S. 54 f.
2. 50 Nev. 157, 254 P. 1074 (1927).
3. 50 Nev. 157, 170, 254 P. 1074, 1078 (1927). Vgl. dazu Williston on Sales, Bd. 2, überarb. Aufl., 1948, § 306, S. 230 mit Fußn. 5.
4. 129 Md. 475, 99 A. 597 (1916).

II. Demby Hamilton & Co. v. Barden¹⁾.

Die Verkäufer lagerten Apfelsaft in Fässern für den Käufer. Trotz mehrfacher Aufforderung der Verkäufer erteilte der Käufer keine Lieferinstruktionen. Durch die Verzögerung fiel der Apfelsaft dem Verderb anheim.

Das Gericht entschied, die Gefahr der Verschlechterung sei nach § 20,2 SGA, 1893 auf den Käufer übergegangen. Der Käufer habe die Abnahme verzögert. Die Gefahr in § 20,2 SGA, 1893 beziehe sich auf vertragsgerechte Waren, die der Verkäufer zum Zweck der Vertragserfüllung und Lieferung (for the purpose of fulfilling his contract and making delivery) bereithalte. Entscheidend sei, daß die Waren vor ihrem Untergang zur Lieferung an den Käufer bestimmt seien. Im vorliegenden Fall sei der Apfelsaft für den Käufer bestimmt gewesen, und die Verkäufer hätten ihn in Erwartung der Lieferung für den Käufer bereitgehalten.

SECHSTER ABSCHNITT.

DIE ENTSTEHUNG DES UNIFORM COMMERCIAL CODE.

A. DIE VORGESCHICHTE.

In den ersten drei Jahrzehnten des zwanzigsten Jahrhunderts schuf die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws²⁾ sieben Einheitsgesetze (Uniform State Laws), zu denen auch der 1906 von der Conference gebilligte Uniform Sales Act gehörte³⁾. Ziel dieser Bestrebungen war es, durch die Verabschiedung der Uniform State Laws in möglichst vielen nordamerikanischen Einzelstaaten eine Rechtsvereinheitlichung herbeizuführen⁴⁾. Als in der Folgezeit die Einheitsgesetze von der Conference überarbeitet wurden, entstand unter Mitwirkung des American Law Institute⁵⁾ der Uniform Revised Sales Act, der eine Vorstufe zum späteren Uniform Commercial Code

1. 1 All E.R. 435 (K.B. 1949) (Sellers, J.).
2. Zum Wirkungsbereich der Conference siehe Blumenwitz, S. 50 m.w.Nachw. in Fußn. 11.
3. Siehe Braucher, Colum.L.Rev. 58 (1958), 798,799. Siehe auch Lattin, Ohio St.L.J. 15 (1954), 12.
4. Siehe Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 93 m.w. Nachw. in Fußn. 17.
5. Zum Aufgabenbereich des A.L.I. siehe Blumenwitz, S. 59 m.w.Nachweisen in Fußn. 10.

bildete. Der Uniform Revised Sales Act wurde 1943 von der Conference und 1944 vom A.L.I. gebilligt¹⁾.

B. DER 1952ER ENTWURF.

Unter der prägenden Mitwirkung und Leitung von Professor Llewellyn²⁾ nahm der Uniform Commercial Code im Jahre 1949 die Gestalt von neun Artikeln mit Anmerkungen und Kommentar an. Nachdem der Entwurf eingehende Diskussion und umfangreiche Überarbeitung erfahren hatte, wurde er 1951 gemeinsam von der Conference und vom A.L.I. angenommen. Die erste vollständige Textausgabe³⁾ mit Kommentar wurde im Jahre 1952 veröffentlicht.

Auf Empfehlung der New York Bar Association erteilte der Gouverneur im Staate New York im Jahre 1953 der New York State Law Revision Commission den Auftrag, eine Studie anzufertigen. Die Studie sollte sich mit den Auswirkungen des 1952er Entwurfs des UCC auf das bestehende Recht im Staate New York befassen und Verbesserungsvorschläge aufzeigen. In dreijähriger Arbeit erstellte die New York State Law Revision Commission einen eingehenden und ausführlichen Bericht⁴⁾, der in sechs Bänden von 1954 bis 1956 veröffentlicht wurde.

Die New York State Law Revision Commission billigte die Aufgabe des Eigentumskonzepts in Art. 2 UCC (Sales), das zuvor das Common Law und den Uniform Sales Act beherrscht hatte⁵⁾: Der auffälligste Unterschied des UCC gegenüber dem bisherigen Recht bestehe darin, daß sich der Code an den tatsächlichen Gegebenheiten des Handels orientiere. Die Abkehr vom vagen Eigentumskonzept gestatte es, die Gefahrtragung im Hinblick auf ihre eigenständigen Probleme zu regeln. Einige Gefahrtragungsregelungen gäben allerdings

1. Siehe King, New Conceptualism, S. 2; Braucher, Colum.L. Rev. 58 (1958), 798, 800.
2. Zum Einfluß Llewellyn's in den einzelnen Entwicklungsstadien des UCC siehe Twining, S. 270 ff.; zu den Auswirkungen von Llewellyn's Ideen auf das theoretische Konzept des UCC siehe Twining, S. 302 ff. Vgl. auch Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 74; auch abgedruckt in: Rheinstein, Gesammelte Schriften, Bd. 1, hrsg. von Leser, 1979, S. 189, 191.
3. A.L.I., UCC Official Draft, 1952. Vgl. dazu Bunn, Snead und Speidel, S.3.
4. So die Würdigung des Berichts durch die Association of the Bar of the City of New York, Report 1962, S. 1.
5. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1956, S.35; siehe auch King, New Conceptualism, S.3 ff. Vgl. auch Llewellyn's Ausführungen zu Art.2 UCC (Sales) in: N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1954, S.160 f.

zu Zweifeln Anlaß und bedürften weiterer Überarbeitung¹⁾.

C. DIE ÜBERARBEITUNG DES UCC.

Die in dem Bericht der New York State Law Revision Commission vorgebrachte Kritik am 1952er Entwurf des UCC wurde vom Editorial Board aufgegriffen²⁾. Das Editorial Board setzte sich aus Vertretern der National Conference of Commissioners on Uniform State Laws und aus Vertretern des A.L.I. zusammen. Es veröffentlichte im Jahre 1956 seine Empfehlungen³⁾, die in der offiziellen Textausgabe⁴⁾ des UCC im Jahre 1957 Berücksichtigung fanden. In der Folgezeit revidierte das Permanent Editorial Board den Text des UCC. Die letzte Fassung⁵⁾ stammt aus dem Jahre 1972. Der UCC wurde in allen nordamerikanischen Einzelstaaten mit Ausnahme des Staates Louisiana vom jeweiligen Gesetzgeber verabschiedet. Die Fassungen in den Einzelstaaten weichen leicht voneinander ab⁶⁾.

SIEBTER ABSCHNITT.

DIE KAUFPREISKLAGE NACH § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC (Action for the Price).

Der Käufer ist nach § 2-301 UCC (General Obligations of Parties) zur Abnahme der Waren und zur Zahlung des Kaufpreises (to accept and pay) verpflichtet. Erfüllt der Käufer diese Pflichten nicht, so stehen dem Verkäufer die in § 2-703 UCC (Seller's Remedies in General) genannten Rechtsbehelfe zu. Zahlt der Käufer nicht rechtzeitig den Kaufpreis, so kann der Verkäufer nach

1. Zur Kritik an § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) vgl. N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1956, S. 386.
2. Zur Überarbeitung des § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) siehe Association of the Bar of the City of New York, Report 1962, S.34. Siehe auch Bender's UCC Service, Bd. 6, Teil 1, § 2-509 UCC, S. 1-139 f. (Drafting History).
3. A.L.I., Recommendations of the Editorial Board for the UCC, 1956.
4. A.L.I., UCC Official Text, 1957. Vgl. dazu Bunn, Sneed und Speidel, S. 4.
5. A.L.I., UCC Official Text, 1972.
6. Siehe Blumenwitz, S. 50 f. mit Fußn. 13.

§ 2-703 (e) UCC (Seller's Remedies in General) i.V.m. § 2-709 UCC (Action for the Price) auf Zahlung klagen. Diese Kaufpreisklage ist eine "action at law"¹⁾ und stellt keinen dem Billigkeitsrecht (equity) zuzurechnenden Rechtsbehelf der "specific performance"²⁾ dar. Allerdings kann nicht geleugnet werden, daß die Kaufpreisklage gewisse Parallelen zur "specific performance" aufweist³⁾.

Die Kaufpreisklage nach § 63 (1) USA setzte voraus, daß das Eigentum an der Ware auf den Käufer übergegangen war. Von dieser Voraussetzung hat sich der UCC gelöst: Die Kaufpreisklage in § 2-709 UCC (Action for the Price) setzt nicht voraus, daß der Käufer Eigentümer geworden ist⁴⁾. Für drei verschiedene Fälle ist die Kaufpreisklage in § 2-709 (1) (a) bzw. (b) UCC abschließend geregelt⁵⁾:

Im allgemeinen beschränkt sich die Kaufpreisklage auf den Fall, daß es dem Verkäufer trotz ernsthafter Bemühungen nicht gelingt, die Waren an Dritte

1. So Peters, Yale L.J. 73 (1963), 199, 240.
2. Zur "specific performance" siehe Kronman, U.Chi.L.Rev. 45 (1978), 351 ff.- Im englischen Recht gewährte das Common Law als Rechtsbehelf bei Vertragsbruch nur Schadensersatz in Geld (damages). Jedoch entwickelte sich im englischen Billigkeitsrecht (equity) als zusätzlicher Rechtsbehelf bei Vertragsbruch die Vertragserfüllung (specific performance): Wenn Schadensersatz in Geld nicht ausreicht, um den Gläubiger zu entschädigen, dann kann das englische Gericht Vertragserfüllung anordnen. Ein Rechtsanspruch hierauf besteht allerdings nicht; vielmehr hängt dies vom Ermessen des englischen Richters ab.
3. Zu Recht weisen Braucher und Riegert, S. 303 f., auf diese Parallele hin: "It is like the traditional remedy of specific performance in that it requires the buyer to perform his contract in full; it is different in that the plaintiff seeks money instead of unique property. Specific performance is an equitable remedy and was not ordinarily extended to sellers of goods because their remedy at law for damages was adequate." Vgl. auch Williston on Sales, Bd. 3, 4.Aufl., § 24-10, S. 431, der die Ähnlichkeit mit der "specific performance" des Käufers nach § 2-716 UCC (Buyer's Right to Specific Performance or Replevin) betont.
4. Siehe Latty, Bus. L. Rev. 1 (1954), 135, 140; Peters, Yale L.J. 73 (1963), 199, 205.
5. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 13.06 (2), S. 13 - 74; Kuenzel, Fla.B.J. 36 (1962), 1020, 1031.

weiterzuverkaufen¹⁾. Ferner ist die Kaufpreisklage dann begründet, wenn der Käufer die Waren angenommen hat²⁾. Als dritten Fall schließlich sieht das Gesetz³⁾ die Kaufpreisklage dann vor, wenn die vertragsgerechten Waren nach dem Gefahrübergang auf den Käufer innerhalb einer wirtschaftlich angemessenen Zeit untergegangen oder beschädigt worden sind⁴⁾. Dieser dritte Fall setzt im einzelnen voraus:

Die Waren müssen vertragsgerecht (conforming) sein. Der Begriff "conforming" wird in § 2-106 (2) UCC (Definitions)⁵⁾ umschrieben. Praktisch kommt diesem Merkmal nur geringe Bedeutung zu. Denn wenn der Verkäufer nach dem Untergang behauptet, die Waren seien vertragsgerecht gewesen, so wird es dem Käufer in aller Regel schwerfallen, dies zu widerlegen⁶⁾.

Ferner setzt § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC voraus, daß die Waren innerhalb eines im Handelsverkehr angemessenen Zeitraumes (within a commercially reasonable time) untergehen, nachdem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist⁷⁾. In dem 1952er Entwurf des § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC war diese zeitliche Begrenzung nicht enthalten. Danach konnte der Verkäufer im Falle des Untergangs den Kaufpreis verlangen, auch wenn die Gefahr bereits seit mehreren Monaten auf dem Käufer lastete; die Ware sich aber immer noch im Besitz des Verkäufers befunden hatte⁸⁾.

--

1. § 2-709 (1) (b) UCC: "... the seller may recover ... the price of goods identified to the contract if the seller is unable after reasonable effort to resell them at a reasonable price..."
2. § 2-709 (1) (a) 1. Alt. UCC: "... the seller may recover...the price of goods accepted..." (Unterstreichung vom Verfasser). Zum Begriff der "acceptance" vgl. unten S.144 FuBn. 3.
3. § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC: "... the seller may recover...the price of conforming goods lost or damaged within a commercially reasonable time after risk of their loss has passed to the buyer;..."
4. Siehe Latty, L. & Contemp. Prob. 16 (1951), 3, 17.
5. § 2-106 (2) UCC: "Goods...are 'conforming' or conform to the contract when they are in accordance with the obligations under the contract."
6. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 13.06 (3), S. 13-77; Peters, Yale L.J. 73 (1963), 199, 246.
7. Zur Problematik der zeitlichen Begrenzung in § 2-709 (1) (a) 2. Alt.UCC siehe Nordstrom, S. 397 ff., S. 409; White und Summers, S. 148 f., S.213; Peters, Yale L.J. 73 (1963), 199, 248.
8. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 497 f. (Fall Nr. 3).

Daß der Verkäufer nach dem Gefahrübergang auf den Käufer den Kaufpreis für die untergegangenen Waren zeitlich unbegränzt sollte verlangen können, wurde heftig kritisiert¹⁾. Daraufhin sprach sich das Editorial Board in seinen 1956er Empfehlungen²⁾ dafür aus, dem Verkäufer die Kaufpreisklage nur dann zu eröffnen, wenn die Waren innerhalb eines begrenzten Zeitraumes nach dem Gefahrübergang auf den Käufer untergegangen waren. Dieser Empfehlung wurde in der 1957er offiziellen Textausgabe des UCC mit dem Zusatz "within a commercially reasonable time" entsprochen.

Der Gefahrübergang auf den Käufer wird in § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC nicht geregelt, sondern er wird vorausgesetzt³⁾. Die Gefahrtragung bestimmt sich nach § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) und nach § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss).

ACHTER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG OHNE VERTRAGSBRUCH:

§ 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach).

A. DIE RATIO LEGIS DES § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach).

1. Die Trennung der Gefahrtragung vom Eigentum.

Für die Gefahrtragung kommt es im Uniform Commercial Code nicht darauf an, wer Eigentümer der Ware ist⁴⁾. § 2-401 UCC (Preamble) bestimmt, daß die Vorschriften im Zweiten Buch des UCC (Sales) unabhängig davon Anwendung finden, wer Eigentümer der Waren ist. Das gilt auch für die Gefahrtragungsvorschriften des Zweiten Buchs in § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) und in § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss). Nur wenn eine Vor-

1. Siehe Williston, Harv. L. Rev. 63 (1950), 561,583; N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 498 mit Fußn. 275.

2. A.L.I., Recommendations of the Editorial Board for the UCC, 1956, S. 78.

3. Siehe Official Comment, § 2-709 UCC Anm. 5. Vgl. Ninth Street East, Ltd. v. Harrison, 5 Conn. Cir. Ct. 597,602 f., 259 A. 2d 772,774 f. (1968): Das Gericht entschied, die Gefahr sei nach § 2-509 (1) (a) UCC auf den Käufer übergegangen. Dem Verkäufer stehe nach § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC der Kaufpreis zu. Vgl. auch das Beispiel bei Whiteside, Ky. L.J. 49 (1960), 165,178.

4. Siehe Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc., 166 Conn. 280,288,348 A. 2d 618,622 f. (1974). Siehe auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 297 insbes. Fußn. 26 f.

schrift im UCC ausdrücklich auf das Eigentum Bezug nimmt oder wenn eine Regelungslücke besteht, kommt dem Eigentum nach § 2-401 UCC (Preamble) ausnahmsweise eine übergreifende Regelungsfunktion zu. Die Gefahrtragungsregeln in § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) und in § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) vermeiden jede Anknüpfung an das Eigentum¹⁾. Gleichwohl haben sich die Gerichte in einigen Fällen²⁾ auch noch unter Geltung des Uniform Commercial Code am Eigentumskonzept orientiert, anstatt die §§ 2-509, 2-510 UCC anzuwenden. Die Gerichte waren teilweise mit dem neuen Gesetzeswerk noch nicht so vertraut und griffen daher auf das Eigentumskonzept des bisherigen Rechts zurück³⁾. Dennoch besteht im Uniform Commercial Code kein sachlicher Zusammenhang mehr zwischen Eigentum und Gefahrtragung: Es ist möglich, daß der Käufer nach § 2-509 oder § 2-510 UCC die Gefahr trägt und daß der Verkäufer Eigentümer der Waren ist. Ebenso ist der umgekehrte Fall denkbar⁴⁾.

11. Die Orientierung am Kaufvertrag.

§ 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) und § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) sollen die Rechtssicherheit im Bereich der Gefahrtragung verstärken. Seit dem Inkrafttreten des Uniform Commercial

1. In den folgenden Entscheidungen trennten die Gerichte zwischen Eigentum und Gefahr, ohne jedoch die §§ 2-509, 2-510 UCC anzuwenden: Park County Implement Co. v. Craig, 397 P. 2d 800, 802 f. (Wyo. 1964); Fairfield Knitwear, Inc. v. GAF Trucking & Hauling, Inc., 7 UCC Rep. 1050, 1051 (N.Y. Sup. Ct. 1970).

2. Die §§ 2-509, 2-510 UCC wurden nicht angewandt, und die Gefahrtragung folgte dem Eigentum in: Conte v. Styli, 26 Mass. App. Dec. 73, 84 (1963); Diefenbach v. Gorney, 93 Ill. App. 2d 51, 53, 234 N.E. 2d 813, 814 (1968); Puamier v. Barge BT 1793, 395 F. Supp. 1019, 1030 f. (E.D. Va. 1974).

In den folgenden Entscheidungen wandten die Gerichte die §§ 2-509, 2-510 UCC zwar an, erörterten aber zugleich die Eigentumsfrage: William F. Wilke, Inc. v. Cummins Diesel Engines, Inc., 252 Md. 611, 616 f., 250 A. 2d 886, 889 f. (1969); Dana Debs, Inc. v. Lady Rose Stores, Inc., 65 Misc. 2d 697, 699, 319 N.Y.S. 2d 111, 113 (Civ. Ct. N.Y. 1970).

3. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04, S. 8-69 f. mit Fußn. 1 f. (Entscheidungsnachweise); Nordstrom, S. 393 mit Fußn. 74; Peters, Commercial Transactions, S. 179; Foorman, U.C.L.A.L. Rev. 20 (1973), 1352, 1369 mit Fußn. 84.

4. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04, S. 8-71; Braucher und Riepert, S. 279; Nordstrom, S. 393; Trumbull, De Paul L. Rev. 8 (1958), 1, 4.

Code hat sich die Zahl der gerichtlichen Streitigkeiten auf dem Gebiet der Gefahrtragung verringert¹⁾. Dieser Umstand ist nicht zuletzt der verstärkten Rechtsklarheit der Gefahrtragungsregelung im UCC zuzuschreiben. Die §§ 2-509, 2-510 UCC orientieren sich an den tatsächlichen Gegebenheiten, unter denen ein Kaufvertrag zustandekommt und durchgeführt wird (contractual approach)²⁾. Die Gefahrtragungsregelung knüpft an die Vielgestaltigkeit des Warenkaufs³⁾ und nicht an das abstrakte Eigentumskonzept an. Im Tatbestand des § 2-509 UCC spiegelt sich die Vielfalt des Warenkaufs wider. Die stufenweise Erfüllung (step by step performance) des Kaufvertrages bildet den Leitfaden, an dem sich die Gefahrtragungsregelung ausrichtet⁴⁾.

III. Die Kontrolle als Gefahrtragungsprinzip.

Dem § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) liegt der Gedanke zugrunde, daß der Vertragsteil die Gefahr tragen soll, der die Waren in seinem Herrschaftsbereich und unter seiner Kontrolle hat⁵⁾. Erlangt der Käufer die Kontrolle und den Besitz an den Waren, so soll damit die Gefahr auf ihn übergehen. Hierbei handelt es sich nicht um ein gänzlich neues Gefahrtragungsprinzip⁶⁾. Die Kontrolle als Grundgedanke der Gefahrtragung findet ihre Rechtfertigung in den folgenden Erwägungen⁷⁾: Der Vertragsteil, der die Waren unter Kontrolle hat, befindet sich in der günstigeren Position, für eine einwandfreie Behandlung der Waren Sorge zu tragen⁸⁾. Die kontrollieren-

-
1. Siehe White und Summers, S. 136 mit Fußn. 3, S.137 mit Fußn.5; ebenso Foorman, U.C.L.A.L. Rev. 20 (1973), 1352,1372 insbes. Fußn. 101.
 2. Siehe Twining, S.332; Corman, Rutgers L.Rev. 17 (1962), 14, 41.
 3. Diese Anknüpfung forderte Llewellyn, N.Y.U.L.Q.Rev. 15 (1938), 159,183 ff. Siehe auch Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 1; Hawkland, Sales, S.90 f. Kritisch dazu Williston, Harv.L.Rev. 63 (1950), 561, 582 f.
 4. Siehe Official Comment, § 2-401 UCC Anm.1; Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04, S. 8-71; Hawkland, Transactional Guide, S. 137; Duesenberg, Mo.L. Rev. 30 (1965), 191, 195.
 5. Siehe Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3. Siehe auch Foorman, U.C.L.A.L. Rev. 20 (1973), 1352, 1354; Lattin, Ohio St.L.J. 15 (1954), 12, 16.
 6. Siehe Nordstrom, S. 402 Fußn. 95 m.w.Nachw.
 7. Vgl. Caudle v. Sherrard Motor Co., 525 S.W. 2d 238, 241 f. (Tex.Civ.App. 1975).
 8. Siehe Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352, 1370.

de Partei kann am ehesten Maßnahmen für eine fachgerechte Verpackung und Lagerung der Waren treffen. Wer die Waren in seiner Herrschaftssphäre hat, kann am besten präventive Schutzvorkehrungen gegen ihren Untergang veranlassen.

Zugleich spielt in § 2-509 UCC der Gedanke eine Rolle, daß der Vertrags- teil die Gefahr tragen soll, der sich in der günstigeren Lage befindet, die Waren gegen den Untergang zu versichern¹⁾. Dieser Gedanke steht in innerem Zusammenhang mit dem Prinzip der Kontrolle. Dem Kontrollprinzip immanent ist die höhere Effektivität²⁾, mit der eine Versicherung der Waren und die Geltendmachung von Ersatzansprüchen im Falle des Untergangs erreicht werden kann³⁾. Wer die Waren in seinem Herrschaftsbereich hat, kann sie auch am ehesten wirksam versichern⁴⁾:

Angenommen ein Verkäufer, der Kaufmann ist, hat individualisierte Waren verkauft, die sich noch in seinen Geschäftsräumen befinden. In der Regel sind dann diese vom Kunden ausgesuchten Waren gegen Untergang versichert, da die Versicherungspolice des Verkäufers höchstwahrscheinlich alle in seinen Geschäftsräumen befindlichen Waren umfassen wird. Die Kosten der Versicherungsprämie und die Kosten der prozessualen Geltendmachung seiner Ersatzansprüche gegen den Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles, also bei Untergang der Ware, kann der Verkäufer als Kaufmann im Wege der Preisgestaltung auf alle seine Kunden umlegen. Demgegenüber wird der Käufer als Konsument eine solche Versicherung der Waren gegen Untergang meist gar nicht in seine Käuferwägungen einbeziehen, geschweige denn einen solchen Versicherungsvertrag abschließen. Somit kann der Verkäufer als Kaufmann eine Versicherung der Ware gegen Untergang eher bewerkstelligen als der Käufer als Konsument. Deshalb trägt der "merchant-seller" nach § 2-509 (3) 1. Alt. UCC auch die Gefahr des Untergangs bis zur Empfangnahme (receipt) der Waren durch den Käufer.

1. Siehe Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3.
2. Zum "concept of efficiency" siehe Posner, S. 10 ff.
3. Siehe dazu Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352, 1374.
4. Siehe King, Com.L.J. 77 (1972), 272,273; Williams, Ind. L. Rev. 7 (1974), 711, 713.

B. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM DISTANZKAUF: § 2-509 (1) UCC¹⁾.

§ 2-509 (1) UCC regelt die Gefahrtragung bei dem in der Praxis häufigen²⁾ Distanzkauf. Es handelt sich um einen Distanzkauf, wenn die Waren an einen anderen Ort befördert werden sollen³⁾. § 2-509 (1) UCC erfaßt die Fälle, in denen der Verkäufer zur Beförderung der Ware durch eine Transportperson berechtigt oder verpflichtet ist. Es sind zwei Arten von Distanzkäufen zu unterscheiden: Beim Versendungskauf (shipment contract) hat sich der Verkäufer nur zur Absendung der Waren an den Bestimmungsort (particular destination), nicht aber zur Lieferung am Bestimmungsort verpflichtet. Hingegen handelt es sich um einen Fernkauf⁴⁾ (destination contract), wenn sich der Verkäufer zur Lieferung am Bestimmungsort verpflichtet hat. Beim Versendungskauf geht die Gefahr nach § 2-509 (1) (a) UCC⁵⁾ bereits mit der Aushändigung der Ware an die Transportperson über, wohingegen nach § 2-509 (1) (b) UCC beim Fernkauf die Gefahr erst übergeht, wenn die Ware dem Käufer am Bestimmungsort so angeboten wird, daß er sie nur noch abzunehmen braucht.

Beiden Arten, dem Versendungs- wie dem Fernkauf, ist nach § 2-509 (1) UCC gemein, daß die Beförderung durch eine unabhängige Transportperson⁶⁾ (carrier) und nicht vom Verkäufer selbst durchgeführt werden darf. Die Entstehung des § 2-509 (1) UCC offenbart, daß die Vorschrift keine Anwendung

1. § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach):

(1) Where the contract requires or authorizes the seller to ship the goods by carrier

(a) if it does not require him to deliver them at a particular destination, the risk of loss passes to the buyer when the goods are duly delivered to the carrier even though the shipment is under reservation (Section 2-505); but

(b) if it does require him to deliver them at a particular destination and the goods are there duly tendered while in the possession of the carrier, the risk of loss passes to the buyer when the goods are there duly so tendered as to enable the buyer to take delivery.

2. So Bogert, Britton und Hawkland, S. 298 f.; White und Summers, S. 139.

3. Rechtsvergleichend Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 324 ff.

4. Zum Begriff des Fernkaufs vgl. Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr. 63; vgl. auch schon oben S. 56.

5. Vgl. den ähnlich gefaßten Art. 65 I des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

6. Zum Begriff der Transportperson rechtsvergleichend Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 331.

findet, wenn die Beförderung von verkäufereigenen Leuten vorgenommen wird¹⁾. Stattdessen gelangt dann § 2-509 (3) UCC mit der Folge zur Anwendung²⁾, daß die Gefahr mit der Empfangnahme (receipt) der Ware durch den Käufer bzw. mit dem Lieferangebot (on tender of delivery) an den Käufer auf ihn übergeht. Es gelten somit verschiedene Gefahrtragsregelungen, je nachdem, ob sich der Verkäufer eigener Leute (§ 2-509 (3) UCC) oder einer unabhängigen Transportperson (§ 2-509 (1) UCC) bedient. Die Entscheidung, ob es sich um verkäufereigene oder um unabhängige Transportpersonen handelt, kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten³⁾. Die Orientierung am Kontrollgedanken der Gefahrtragung in § 2-509 UCC erleichtert die Abgrenzung. Das bedeutet, daß es sich dann um eine verkäufereigene Transportperson handelt, wenn diese der Kontrolle des Verkäufers unterliegt.

1. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

Beim Versendungskauf hat sich der Verkäufer zur Absendung der Waren verpflichtet⁴⁾. Die Gefahr geht nach § 2-509 (1) (a) UCC in dem Zeitpunkt über, in dem der Verkäufer die Waren ordnungsgemäß der Transportperson ausliefert (duly delivered to the carrier)⁵⁾. Die Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Auslieferung ergeben sich aus § 2-504 UCC (Shipment by Seller)⁶⁾.

1. Siehe Nordstrom, S. 396 mit Fußn. 82; Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352, 1357 insbes. Fußn. 25.
2. Siehe Nordstrom, S. 406 Fußn. 18.
3. Vgl. die Beispiele bei White und Summers, S. 143 f. und bei Foorman, U.C.L.A.L. Rev. 20 (1973), 1352, 1357 insbes. Fußn. 26 und S.1371 insbes. Fußn. 94.
4. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S.132 f. Rechtsvergleichend zum Versendungskauf siehe Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 331 ff.
5. Siehe S-Creek Ranch, Inc. v.Monier & Co., 509 P. 2d 777,781 (Wyo. 1973): Die Gefahr sei nach § 2-509 (1)(a) i.V.m. § 2-504 (a) UCC mit der Auslieferung der Schafe an die Transportperson auf den Käufer übergegangen. Siehe auch Sessa v. Riegler, 427 F.Supp. 760,767 f.(E.D.Pa. 1977); dazu vgl. Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (1)(a), S. 8-36 Fußn. 16.
6. Vgl. Electric Regulator Corp. v.Sterling Extruder Corp., 280 F. Supp. 550,557 (D. Conn. 1968): § 2-509 (1) (a) UCC werde durch § 2-504 UCC ergänzt. Siehe auch Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 2; Nordstrom, S. 399 mit Fußn. 89.

Beim Fernkauf hat sich der Verkäufer zur Lieferung am Bestimmungsort verpflichtet¹⁾. Die Gefahr geht nach § 2-509 (1) (b) UCC nicht schon mit der Ablieferung der Waren an die Transportperson auf den Käufer über. Erst wenn die Waren dem Käufer am Bestimmungsort von der Transportperson ordnungsgemäß angeboten werden, geht die Gefahr über. Dem Käufer muß Gelegenheit gegeben werden, die Waren abzunehmen (duly so tendered as to enable the buyer to take delivery)²⁾. Unter welchen Voraussetzungen ein ordnungsgemäßes Angebot der Waren (tender of delivery) am Bestimmungsort vorliegt, wird in § 2-503 UCC (Manner of Seller's Tender of Delivery) geregelt³⁾.

II. Die Vermutung für den Versendungskauf.

Der Gefahrübergang in § 2-509 (1) (a) UCC (Versendungskauf) vollzieht sich zu einem früheren Zeitpunkt als in § 2-509 (1) (b) UCC (Fernkauf). Dadurch gewinnt die Frage an Bedeutung, ob die Parteien einen Versendungs- (shipment-) oder einen Fernkauf (destination contract) vereinbart haben. Wenn sich die Parteien auf die Lieferklausel f.o.b., f.a.s., c.i.f. oder c.&f. einigen, so enthalten § 2-319 UCC (F.O.B. and F.A.S. Terms) und § 2-320 UCC (C.I.F. and C. & F. Terms) Vermutungen für den Versendungs- oder den Fernkauf⁴⁾. Die Klausel c.i.f. hat einen Versendungskauf zum Gegenstand, bei dem der Verkäufer nach § 2-320 (2) (c) UCC die Kosten der Transportversicherung übernimmt. Wird "f.o.b. the place of destination" vereinbart, so trägt der Verkäufer nach § 2-319 (1) (b) UCC die Transportgefahr, bis die Waren den Bestimmungsort erreicht haben und dort dem Käufer angeboten worden sind. Hingegen läßt die Klausel "f.o.b." ohne weiteren Zusatz nicht

1. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 345 ff.
2. Vgl. Black Prince Distillery, Inc. v. Home Liquors, 148 N.J. Super. 286, 288, 372 A. 2d 638, 640 (1977).
3. Vgl. Electric Regulator Corp. v. Sterling Extruder Corp., 280 F. Supp. 550, 557 (D. Conn. 1968). Siehe auch Hawkland, Transactional Guide, S. 133.
4. Vgl. Consolidated Bottling Co. v. Jaco Equipment Corp., 442 F. 2d 660, 663 (2d Cir. 1971): Die Klausel "f.o.b. purchaser's truck" beinhalte nach § 2-319 (1) (c) UCC, daß der Verkäufer bis zur Verladung der Ware auf den Lastwagen die Gefahr trage. Vgl. auch A.M. Knitwear Corp. v. All America Export-Import Corp., 41 N.Y. 2d 14, 19 und 21, 390 N.Y.S. 2d 832, 836 und 837, 359 N.E. 2d 342, 346 und 347 (1976): "f.o.b. plant per lb. 1.35" sei nicht nur "price term", sondern "delivery term" und bewirke, daß der Verkäufer bis zur Aushändigung der Ware an die Transportperson die Gefahr trage.

erkennen, ob die Parteien von einem Versendungskauf nach § 2-319 (1) (a) UCC oder von einem Fernkauf im Sinne des § 2-319 (1) (b) UCC ausgegangen sind. Im Zweifel haben sich die Gerichte für einen Versendungskauf ausgesprochen und haben das Vorliegen eines Fernkaufs verneint¹⁾. Die Rechtsprechung stützt ihre Vermutung für den Versendungskauf auf den Wortlaut des § 2-509 (1) (b) UCC und auf den Offiziellen Kommentar, wie die folgenden Entscheidungen veranschaulichen:

Im Fall Dana Debs, Inc. v. Lady Rose Stores²⁾ entschied das Gericht, nach dem Wortlaut des § 2-509 (1) (b) UCC³⁾ (Fernkauf) liege ein "destination contract" nur vor, wenn der Vertrag ausdrücklich vorsehe, daß die Lieferung am Bestimmungsort zu erfolgen habe. Fehle es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so gehe die Gefahr nach § 2-509 (1) (a) UCC (Versendungskauf) bei Auslieferung der Ware an die Transportperson (upon delivery to the carrier) auf den Käufer über.

In der Entscheidung Electric Regulator Corp. v. Sterling Extruder Corp.⁴⁾ enthielten die Kauforderformulare des Käufers die Adresse, an die die Versendung erfolgen sollte. Der Käufer vertrat deshalb die Ansicht, es handele sich um einen "destination contract" (Fernkauf), da die Versandadresse in den Formularen genannt werde. Das Gericht widersprach der Ansicht des Käufers. Es entschied, die Angabe der Versandadresse sei erforderlich, damit der Verkäufer nach § 2-504 (a) UCC (Shipment by Seller) den Transport veranlassen könne. Zu Recht gehe der Offizielle Kommentar⁵⁾ davon aus, daß es sich beim "shipment contract" (Versendungskauf) um die Regel und beim "destination contract" (Fernkauf) um die Ausnahme handele. Daß die Versand-

1. So die Entscheidungen Electric Regulator Corp. v. Sterling Extruder Corp., 280 F. Supp. 550,557 f. (D.Conn. 1968); Ninth Street East, Ltd. v. Harrison, 5 Conn. Cir. Ct. 597,601, 259 A. 2d 772,774 (1st Cir. 1968); Sternheim v. Silver Bell of Roslyn, Inc., 66 Misc. 2d 726,728, 321 N.Y.S. 2d 965,968 (Civ. Ct. N.Y. 1971); Eberhard Mfg.Co.v.Brown, 61 Mich.App.268, 271, 232 N.W. 2d 378,380 (1975); Black Prince Distillery, Inc.v.Home Liquors, 148 N.J. Super. 286,288, 372 A. 2d 638,640 (1977).
2. 65 Misc. 2d 697,698, 139 N.Y.S. 2d 111,112 (Civ. Ct. N.Y. 1970).
3. § 2-509 (1) (b) UCC: "... if it (the contract) does require him (the seller) to deliver them (the goods) at a particular destination..." (Unterstreichung und Zusätze in Klammern vom Verfasser).
4. 280 F. Supp. 550, 557 f. (D. Conn. 1968).
5. Official Comment, § 2-503 UCC Anm. 5.

adresse im Kauforderformular aufgeführt sei, reiche nicht aus, die auch im Offiziellen Kommentar ausgesprochene Vermutung für den "shipment contract" (Versendungskauf) zu widerlegen¹⁾.

Wenn der "destination contract" (Fernkauf) dem Willen der Parteien entspricht, so müssen sie das im Kaufvertrag klar zum Ausdruck bringen²⁾. Andernfalls gilt nach der in der Rechtsprechung aufgestellten Vermutung ein "shipment contract" (Versendungskauf) als vereinbart.

III. Die Abweichung vom Kontrollprinzip.

Im Fall Ninth Street East, Ltd. v. Harrison³⁾ wählte der Verkäufer das Transportunternehmen aus, schloß mit ihm einen Beförderungsvertrag und händigte die Waren der Transportperson aus. Nach Auffassung des Gerichts⁴⁾ bewegte sich der Verkäufer damit im Rahmen der ihm in § 2-311 (2) UCC⁵⁾ eingeräumten Befugnisse. Der Käufer trage nach § 2-509 (1) (a) UCC die Gefahr, da es sich um einen "shipment contract" (Versendungskauf) handle. Das ergebe sich daraus, daß der Offizielle Kommentar⁶⁾ eine Vermutung für den "shipment contract" (Versendungskauf) aufstelle⁷⁾.

Die von der Rechtsprechung aufgestellte Vermutung für den "shipment contract" (Versendungskauf) läuft dem Prinzip der Kontrolle zuwider. Dieses

1. Ähnlich wie hier die Entscheidung Eberhard Mfg. Co. v. Brown, 61 Mich. App. 268, 271 f., 232 N.W. 2d 378, 380 (1975). Vgl. auch Black Prince Distillery, Inc. v. Home Liquors, 148 N.J. Super. 286, 288, 372 A. 2d 638, 640 (1977): Daß der Verkäufer für die Transportkosten aufkomme, genüge allein noch nicht, die Vermutung für den "shipment contract" zu widerlegen; dazu vgl. Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (1)(a), S. 8-26 Fußn. 5.1.
2. Vgl. Baumgold Bros., Inc. v. Allan M. Fox Co., East, 375 F. Supp. 807, 814 f. (N.D. Ohio 1973): Daß es sich um einen "destination contract" handle, ergebe sich aus dem Vertragsspassus "the merchandise ... is delivered to you (the buyer) ..." (Zusatz in der Klammer vom Verfasser). Außerdem habe der Verkäufer die Ware versichert und als Wertsendung versandt.
3. 5 Conn. Cir. Ct. 597, 259 A. 2d 772 (1st Cir. 1968).
4. 5 Conn. Cir. Ct. 597, 600, 259 A. 2d 772, 773 (1st Cir. 1968).
5. § 2-311 (2) UCC: Unless otherwise agreed ... specifications or arrangements relating to shipment are at the seller's option.
6. Official Comment, § 2-503 UCC Anm. 5.
7. 5 Conn. Cir. Ct. 597, 601, 259 A. 2d 772, 774 (1st Cir. 1968).

Prinzip, wonach derjenige Vertragsteil die Gefahr tragen soll, in dessen Herrschaftsbereich und unter dessen Kontrolle sich die Waren befinden, wird aber gerade im Offiziellen Kommentar¹⁾ postuliert. Nach der Rechtsprechung hingegen trägt beim Distanzkauf i m Z w e i f e l der Käufer die Transportgefahr, obwohl er das Transportrisiko weitaus weniger beherrscht und kontrolliert als der Verkäufer. Der dominierende Einfluß des Verkäufers auf den Transport wird in § 2-311 (2) UCC deutlich. Danach ist der Verkäufer berechtigt, die Modalitäten des Transports zu bestimmen, wenn die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Das bedeutet, daß der Verkäufer die Art und Weise des Transports, die Verpackung der Waren und die Transportperson auswählen kann. Somit übt der Verkäufer nach § 2-311 (2) UCC die Kontrolle über den Transport aus. Seine Kontrollbefugnis wird lediglich dadurch eingeschränkt, daß er nach § 2-504 (a) UCC verpflichtet ist, bei der Wahl des Transportunternehmens und beim Abschluß des Beförderungsvertrags vernünftig zu handeln (as may be reasonable having regard to the nature of the goods and other circumstances of the case). Die Kontrolle des Verkäufers über den Transport überwiegt gegenüber der des Käufers. Daher wäre es konsequent, dem Verkäufer auch die Transportgefahr aufzuladen. Das geschieht beim "destination contract" (Fernkauf), bei dem der Verkäufer nach § 2-509 (1) (b) UCC die Transportgefahr trägt. Hingegen geht beim "shipment contract" (Versendungskauf) die Gefahr nach § 2-509 (1) (a) UCC schon mit der Auslieferung der Ware an die Transportperson auf den Käufer über. Der Käufer trägt also die Transportgefahr, obwohl er weniger Einfluß auf den Transport ausübt als der Verkäufer. Beim "shipment contract" (Versendungskauf) weicht die Gefahrtragung vom Prinzip der Kontrolle ab. Die Vermutung der Rechtsprechung für den "shipment contract" (Versendungskauf) trägt daher nicht dazu bei, den Grundgedanken der Kontrolle in der Gefahrtragung zu verwirklichen. Prinzipiengerecht wäre vielmehr die Vermutung, die i m Z w e i f e l - entgegen der Rechtsprechung - einen "destination contract" (Fernkauf) bejahte³⁾.

1. Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3.

2. Siehe Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352, 1370.

3. So auch Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352, 1373: "... the existence of this seller's option (in § 2-311 (2) UCC) would support a presumption that the seller be liable for the goods during their transportation, i.e., a presumption of a 'destination' contract" (Zusatz in der Klammer vom Verfasser).

C. DIE GEFahrTRAGUNG BEI VERWAHRUNG DURCH DEN "BAILEE": § 2-509 (2) UCC¹⁾

§ 2-509 (2) UCC regelt die Gefahrtragung für den Fall, daß sich die Waren zur Verwahrung bei einem Dritten (bailee) befinden²⁾. Nicht der Verkäufer soll dem Käufer die Waren aushändigen, sondern der Käufer soll die Waren unmittelbar vom Verwahrer (bailee) erhalten³⁾. Die Gefahr geht in dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in dem der "bailee" die Waren nicht mehr für den Verkäufer, sondern für den Käufer verwahrt⁴⁾. § 2-509 (2) UCC umfaßt drei Tatbestandsvarianten, denen der Begriff des "bailee" gemein ist.

1. Der Begriff des "bailee".

§ 7-102 (1) (a) UCC⁵⁾ enthält eine Definition des Begriffs "bailee". Danach ist ein "bailee", wer einen Lagerschein, einen Ladeschein oder ein sonstiges Wertpapier (document of title) ausstellt, in dem er sich als Besitzer der Waren ausgibt und gegenüber dem Inhaber des Papiers zur Herausgabe der Waren verpflichtet. Mit der Frage, ob der Verkäufer, der die Waren für den Käufer bereithält, zugleich "bailee" ist, befaßte sich

1. § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach):

- (2) Where the goods are held by a bailee to be delivered without being moved, the risk of loss passes to the buyer
 - (a) on his receipt of a negotiable document of title covering the goods; or
 - (b) on acknowledgment by the bailee of the buyer's right to possession of the goods; or
 - (c) after his receipt of a non-negotiable document of title or other written direction to deliver, as provided in subsection 4 (b) of Section 2-503.

2. Siehe Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (1)(b), S.8-40 ff.; White und Summers, S.144 f.; Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711, 721 ff.

3. Vgl. Henry Heide, Inc. v. Atlantic Mut.Ins.Co., 80 Misc. 2d 485, 488, 363 N.Y.S. 2d 515,518 (N.Y.Sup.Ct. 1975): Der Käufer erhielt den Lagerschein über den verwahrten Zucker. Nach Auffassung des Gerichts vollzog sich mit der Aushändigung des Lagerscheins an den Käufer die Lieferung im Sinne des § 2-503 (4) UCC (Manner of Seller's Tender of Delivery). Damit sei die Gefahr nach § 2-509 (2) UCC auf den Käufer übergegangen. Siehe auch Nordstrom, S. 401 ff.

4. Vgl. auch den Kommentar zum UNCITRAL-Entwurf von 1976, Art. 66 Anm. 2.

5. § 7-102 (1) (a) UCC: "Bailee" means the person who by a warehouse receipt, bill of lading or other document of title acknowledges possession of goods and contracts to deliver them.

die Entscheidung Caudle v. Sherrard Motor Co.¹⁾. Das Gericht vertrat die Ansicht, der Uniform Commercial Code²⁾ verstehe unter dem "bailee" einen Verwahrer, der wie der Lagerhalter gewerbsmäßig tätig werde, indem er Waren für andere entgeltlich verwahre. Im vorliegenden Fall habe der Verkäufer die Waren nicht gewerbsmäßig für den Käufer verwahrt. Daher sei der Verkäufer kein "bailee" und § 2-509 (2) UCC gelange nicht zur Anwendung³⁾.

Solange der Verkäufer die Waren im Besitz hat, trägt er nach § 2-509 (3) UCC die Gefahr. Dem § 2-509 (2) UCC kommt nur dann ein eigener, von § 2-509 (3) UCC verschiedener Regelungsinhalt zu, wenn man die Anwendung des § 2-509 (2) UCC auf die Fälle beschränkt, in denen ein Dritter die Waren verwahrt⁴⁾. Daher ist "bailee" nur der unabhängige Dritte, der die Waren in Verwahrung hat, ohne der Kontrolle des Verkäufers unterworfen zu sein⁵⁾.

11. Gefahrtragung bei indossablem Papier.

§ 2-509 (2) (a) UCC erfaßt den Fall, daß der "bailee" ein indossables Wertpapier (negotiable document of title) ausgestellt hat, in dem er sich zur Herausgabe der Waren verpflichtet. Der Begriff "document of title" wird in § 1-201 (15) UCC definiert. Als Beispiele werden insbesondere der Ladeschein (bill of lading) und der Lagerschein (warehouse receipt) genannt. Das Lieferangebot (tender of delivery) bewirkt der Verkäufer dadurch, daß er dem Käufer das indossable Wertpapier nach § 2-503 (4) (a) UCC anbietet⁶⁾. Die Gefahr geht jedoch nach § 2-509 (2) (a) UCC nicht schon

1. 525 S.W. 2d 238 (Tex.Civ.App. 1975). Zu dieser Frage siehe auch van Horn, Okla.L.Rev. 21 (1968), 310 ff.
2. Das Gericht bezog sich auf die Verwendung des Begriffs "bailee" in §§ 7-102 (1) (a), 2-509 (2), 1-201 (6), (15), (45) UCC.
3. 525 S.W. 2d 238, 239 f. (Tex. Civ. App. 1975).
4. Siehe White und Summers, S. 145.
5. Vgl. Ellis v. Bell Aerospace Corp., 315 F. Supp. 221, 224 (D.Or. 1970): Auch wenn der Hubschrauber einem "bailee" in Verwahrung gegeben worden sei, so habe doch der Verkäufer die Kontrolle darüber behalten. Daher komme ein Gefahrübergang nach § 2-509 (2) UCC nicht in Betracht. Dazu siehe Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352, 1372, 1375.
6. Siehe Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 4.

mit dem Angebot des Papiers, sondern erst dann auf den Käufer über, wenn er das indossable Wertpapier entgegennimmt (receipt)¹⁾. Der Grund liegt darin, daß der Käufer erst jetzt zur Abnahme der Waren legitimiert ist. Erst jetzt übt der Käufer über die Waren die Kontrolle in dem Sinne aus, daß er gegen Vorlage des Papiers vom "bailee" die Lieferung verlangen kann²⁾.

III. Gefahrtragung ohne Wertpapier.

In § 2-509 (2) (b) UCC wird der Gefahrübergang für den Fall geregelt, daß der "bailee" kein Wertpapier ausgestellt hat, in dem seine Verpflichtung zur Herausgabe der Ware verbrieft wäre. Der Verkäufer bewirkt dann die Lieferung an den Käufer dadurch, daß er den "bailee" gemäß § 2-503 (4) (a) UCC (Manner of Seller's Tender of Delivery) veranlaßt, das Recht des Käufers zum Besitz der Ware anzuerkennen³⁾. Die Gefahr geht nach § 2-509 (2) (b) UCC im Zeitpunkt der Anerkennung durch den "bailee" (on acknowledgment by the bailee) auf den Käufer über. Mit der Anerkennung erlangt der Käufer die Kontrolle über die Waren, die der "bailee" von nun an nicht mehr für den Verkäufer, sondern für den Käufer verwahrt⁴⁾.

IV. Gefahrtragung bei nicht indossablem Papier oder schriftlicher Anweisung.

Zwei unterschiedliche Fallgestaltungen werden in § 2-509 (2) (c) UCC geregelt: Im einen Fall hat der "bailee" ein nicht indossables Wertpapier ausgestellt, in dem der gegen ihn gerichtete Anspruch auf Herausgabe der Waren verbrieft ist. Im anderen Fall hat der Verkäufer dem "bailee"

1. "Receipt" wird in § 2-103 (1) (c) UCC definiert: "Receipt" of goods means taking physical possession of them.
2. Siehe Nordstrom, S. 402.
3. Vgl. *Whately v. Tetrault*, 29 Mass.App.Dec.112,116 f. (1964): Der Verkäufer benachrichtigte den "bailee" vom Verkauf. Der "bailee" vereinbarte mit dem Käufer einen Termin, zu dem der Käufer die Waren abholen sollte. Darin manifestierte sich nach Auffassung des Gerichts die Anerkennung des Besitzrechts des Käufers durch den "bailee".
4. Siehe *Hawkland*, Transactional Guide, S. 134; Nordstrom, S. 403 f.

schriftlich Anweisung erteilt, an den Käufer zu liefern. Beide Tatbestände werden gleichermaßen von § 2-509 (2) (c) UCC erfaßt. Der Verkäufer macht dadurch ein Lieferangebot (tender of delivery), daß er nach § 2-503 (4) (b) UCC (Manner of Seller's Tender of Delivery) dem Käufer das nicht indossable Wertpapier oder die an den "bailee" gerichtete schriftliche Anweisung anbietet. Der Gefahrübergang nach § 2-509 (2) (c) UCC vollzieht sich nicht schon dann, wenn der Käufer das Wertpapier oder die Anweisung in Empfang nimmt. Die Gefahr geht nach § 2-509 (2) (c) i.V.m. § 2-503 (4) (b) UCC erst über, wenn der Käufer angemessen Zeit (a reasonable time) hatte, das nicht indossable Wertpapier oder die Anweisung dem "bailee" vorzulegen¹⁾. Der Gefahrübergang setzt nicht voraus, daß der Käufer das Papier dem "bailee" auch tatsächlich vorlegt. Es genügt vielmehr, daß der Käufer dazu angemessen Zeit hatte²⁾. Erkennt der "bailee" allerdings das nicht indossable Wertpapier nicht an oder weigert er sich, der schriftlichen Anweisung Folge zu leisten, so geht die Gefahr auch nicht auf den Käufer über³⁾.

Daß die Gefahr nicht bereits übergeht, wenn der Käufer das Papier in Empfang nimmt, sondern erst eine angemessene Zeit danach, erklärt sich folgendermaßen: Wenn der Verkäufer dem Käufer das nicht indossable Wertpapier übergeben hat, so bleiben die Waren dem Zugriff Dritter ausgesetzt. Zu den Dritten zählen die Gläubiger des Verkäufers, ferner gutgläubige Dritterwerber, an die der Verkäufer dieselben Waren nochmals veräußert, und der "bailee". Gegenüber den Dritten genießt der Käufer erst Vorrang, wenn er das Papier dem "bailee" vorgelegt hat. Nunmehr ist der Käufer gegenüber den Dritten geschützt, so daß die Gefahr auf ihn übergehen kann⁴⁾.

1. § 2-509 (2) (c) UCC lautet: "... after his (the buyer's) receipt..." (Unterstreichung und Zusatz in der Klammer vom Verfasser); die Vorschrift lautet nicht: ... on his receipt ...
2. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 135.
3. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 134.
4. Siehe Nordstrom, S. 404.

D. § 2-509 (3) UCC¹⁾ ALS AUFFANGTATBESTAND.

§ 2-509 (3) UCC regelt die Gefahrtragung in all den Fällen, die nicht schon von § 2-509 (1) oder (2) UCC erfaßt werden²⁾. Dazu gehört insbesondere die Holschuld des Käufers³⁾. Ist der Verkäufer Kaufmann, so trägt er die Gefahr länger, als wenn er Nichtkaufmann ist⁴⁾. Als "merchant" nämlich trägt der Verkäufer die Gefahr, bis der Käufer die Waren in Empfang nimmt (receipt)⁵⁾; als Nichtkaufmann hingegen trägt der Verkäufer die Gefahr nur so lange, bis er dem Käufer die Lieferung anbietet (tender of delivery). Für den Gefahrübergang kommt es nicht darauf an, ob der Käufer Kaufmann ist oder nicht⁶⁾.

Der Begriff des "merchant" wird in § 2-104 (1) UCC⁷⁾ definiert. Bestehen Zweifel an der Kaufmannseigenschaft des Verkäufers⁸⁾, so ist einer extensiven Auslegung des Kaufmannsbegriffs im Rahmen des § 2-509 (3) UCC der Vorzug zu geben. Bejaht man die Kaufmannseigenschaft des Verkäufers, so geht die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC erst mit der Abnahme (receipt) der Waren durch den Käufer und nicht schon mit dem Lieferangebot (tender of delivery) des Verkäufers auf den Käufer über. Der Gefahrübergang ---

1. § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach):
(3) In any case not within subsection (1) or (2), the risk of loss passes to the buyer on his receipt of the goods if the seller is a merchant; otherwise the risk passes to the buyer on tender of delivery.
2. Siehe Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (1)(c), S.8-44 ff.; White und Summers, S.145 f.; Annotation, A.L.R. 3d 66 (1975), 171 ff.; Foorman, U.C.L.A.L.Rev. 20 (1973), 1352,1360 f.; Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711,727 f. Vgl. den Auffangtatbestand des Art.66 I des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.
3. Siehe Nordstrom, S. 395.
4. Siehe Waite, Mich. L.Rev. 48 (1950), 603,607 und 617 f. Kritisch zu dieser Differenzierung Williston, Harv.L.Rev. 63 (1950), 561,572 f.; teilweise ablehnend N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1956, S. 36.
5. Zur Definition von "receipt" in § 2-103 (1) (c) UCC siehe oben S.104 Fußn. 1.
6. So Nordstrom S. 407.
7. § 2-104 (1) UCC: "Merchant" means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction or to whom such knowledge or skill may be attributed by his employment of an agent or broker or other intermediary who by his occupation holds himself out as having such knowledge or skill.
8. Siehe das Beispiel bei Nordstrom, S. 408.

im Zeitpunkt der Abnahme entspricht dem Kontrollgedanken, da der Käufer mit der Abnahme die Kontrolle über die Waren erlangt und somit zu Recht die Gefahr trägt¹⁾.

1. Der Verkäufer als Kaufmann.

Ist der Verkäufer Kaufmann, so geht die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC auf den Käufer über, wenn er die Waren abnimmt (receipt)²⁾. Der Begriff "receipt" wird in § 2-103 (1) (c) UCC definiert³⁾. Danach ist unter "receipt" die physische Besitzergreifung (taking physical possession) zu verstehen⁴⁾. Für den Gefahrübergang genügt es also nicht, daß die Waren den Herrschaftsbereich des Verkäufers verlassen. Sie müssen in den Besitz des Käufers übergehen.

Den Grund dafür, daß der Verkäufer als Kaufmann die Gefahr bis zur Abnahme (receipt), hingegen als Nichtkaufmann nur bis zum Lieferangebot (tender of delivery) an den Käufer trägt, sieht der Offizielle Kommentar⁵⁾ in folgendem: Bis zur Abnahme durch den Käufer habe der Verkäufer die Ware unter seiner Kontrolle. Vom Verkäufer mit Kaufmannseigenschaft könne erwartet werden, daß er die Waren während dieser Zeit gegen den Untergang versichere⁶⁾. Hingegen könne man vom Käufer nicht verlangen, daß er die Waren versichere, solange sie sich im Herrschaftsbereich des Verkäufers befänden⁷⁾. Da der Verkäufer als Kaufmann eher als der Käufer in der Lage

1. Siehe Nordstrom, S. 409.
2. Vgl. White Motor Corp. v. Bronx-Westchester White Trucks, Inc., 18 UCC Rep. 382,383 (N.Y.Sup.Ct. 1975): Das Gericht bejahte den Gefahrübergang nach § 2-509 (3) UCC, da die Abnahme erfolgt sei. In den folgenden Entscheidungen ging die Gefahr nicht über, da es nicht zur Abnahme kam: Caudle v. Sherrard Motor Co., 525 S.W. 2d 238,241 f. (Tex.Civ.App. 1975); Galbraith v. American Motorhome Corp., 14 Wash. App. 754,759, 545 P. 2d 561,563 (1976).
3. Siehe oben S. 104 Fußn. 1.
4. Siehe Nordstrom, S. 406. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 310 mit Fußn. 16 und S. 319.
5. Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3.
6. So auch Galbraith v. American Motorhome Corp., 14 Wash.App.754,758, 545 P. 2d 561,563 (1976). Siehe auch Hawkland, Transactional Guide, S.136; White und Summers, S.146. Vgl. auch das Beispiel bei Bunn, Snead und Speidel, S. 117 f.
7. So auch Deitch v. Shamash, 56 Misc. 2d 875,877, 290 N.Y.S. 2d 137,139 (Civ.Ct.1968); Hayward v. Postma, 31 Mich.App.720,724, 188 N.W. 2d 31,32 f. (1971). Siehe auch Glaser und Kelsch, N.D.L.Rev. 30 (1954), 211,216.

sei, die Waren zu versichern, solle er bis zur Abnahme durch den Käufer die Gefahr tragen¹⁾.

In der Entscheidung Lair Distributing Co. v. Crump²⁾ nahm der Käufer eine Antennenanlage vom Verkäufer entgegen. Der Kaufvertrag bestimmte, daß der Käufer bis zur Zahlung des Restkaufpreises die Antenne nicht von seinem Grundstück entfernen dürfe. In die Antenne schlug der Blitz. Dem Zahlungsbegehren des Verkäufers hielt der Käufer entgegen, daß er nach § 2-509 (3) UCC nicht die Gefahr trage. Der Käufer behauptete, daß er nicht die alleinige Kontrolle über die Antenne erlangt habe, da er sie nicht von seinem Grundstück habe entfernen dürfen. Das Gericht entschied, der Käufer trage nach § 2-509 (3) UCC die Gefahr, da er die Antenne entgegengenommen habe³⁾. Der Käufer habe die Antenne fortwährend im Alleingebrauch gehabt. Der Verkäufer sei nur für den Fall der Nichtzahlung des Restkaufpreises berechtigt gewesen, die Antenne vom Grundstück des Käufers zu entfernen.

Im Fall Ellis v. Bell Aerospace Corp.⁴⁾ erklärte sich der Käufer auf Drängen des Verkäufers damit einverstanden, den Hubschrauber vorübergehend bei einem Dritten in Verwahrung zu geben. Später brachte der Verwahrer den Hubschrauber dem Verkäufer zurück. Auf dem Gelände des Verkäufers wurde der Käufer in die Handhabung des Hubschraubers eingewiesen. Dabei nahm der Hubschrauber Schaden. Nach Auffassung des Gerichts ging die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC nicht auf den Käufer über, da es nicht zur Abnahme (receipt) durch den Käufer gekommen sei⁵⁾. Der Verkäufer habe bis zur Beschädigung die Kontrolle über den Hubschrauber behalten. Die Gefahr sei auch nicht nach § 2-509 (2) UCC übergegangen. Zwar sei der Hubschrauber einem Dritten (bailee) vorübergehend in Verwahrung gegeben worden. Dadurch habe der Verkäufer jedoch nicht die Kontrolle über den Hubschrauber verloren.

In beiden Entscheidungen beurteilten die Gerichte die Gefahrtragung danach, ob der Verkäufer oder der Käufer die Waren unter seiner Kontrolle

1. Zur Verdeutlichung dieses Grundgedankens in der Gefahrtragung siehe den Beispielsfall oben auf S. 95.

2. 48 Ala. App. 72, 261 So. 2d 904 (1972).

3. 48 Ala. App. 72, 74, 261 So. 2d 904, 905 (1972).

4. 315 F. Supp. 221 (D.Or. 1970).

5. 315 F. Supp. 221, 224 (D.Or. 1970).

hatte. Infolgedessen trug der Käufer in Lair Distributing Co. die Gefahr, da er von der Antenne auf seinem Grundstück alleinigen Gebrauch machte. Im Fall Ellis hatte der Hubschrauber den Herrschaftsbereich des Verkäufers noch nicht verlassen, so daß der Verkäufer die Gefahr trug. Somit akzeptierten die Gerichte den im Offiziellen Kommentar¹⁾ verankerten K o n - t r o l l gedanken als Leitlinie der Gefahrtragung.

11. Der Verkäufer als Nichtkaufmann.

Wenn der Verkäufer kein Kaufmann ist, geht die Gefahr nicht erst mit der Abnahme (receipt), sondern bereits mit dem Lieferangebot (tender of delivery) des Verkäufers auf den Käufer über²⁾. Die Voraussetzungen des Lieferangebots ergeben sich aus § 2-503 (1) UCC³⁾: Es muß sich um vertragsgerechte Waren handeln. Der Verkäufer muß die Waren dem Käufer zur Verfügung stellen. Er muß den Käufer davon benachrichtigen, damit dieser die Waren abnehmen kann⁴⁾. Ferner müssen die Waren für den Käufer eine angemessene Zeit bereitgehalten werden, die es ihm gestattet, die Waren in Empfang zu nehmen⁵⁾. Sind alle diese Voraussetzungen des Lieferangebots (tender of delivery) im Sinne des § 2-503 (1) UCC erfüllt, so geht die

1. Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3.

2. Siehe Corman, Rutgers L.Rev. 17 (1962), 14,42 mit Fußn. 158. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 319.

3. § 2-503 UCC (Manner of Seller's Tender of Delivery):

(1) Tender of delivery requires that the seller put and hold conforming goods at the buyer's disposition and give the buyer any notification reasonably necessary to enable him to take delivery. The manner, time and place for tender are determined by the agreement and this Article, and in particular

(a) tender must be at a reasonable hour, and if it is of goods they must be kept available for the period reasonably necessary to enable the buyer to take possession; but

(b) unless otherwise agreed the buyer must furnish facilities reasonably suited to the receipt of the goods.

Vgl. Mitchell v. Highway Equipment Co., 21 UCC Rep. 1034, 1035 f. (Pa. Ct. Comm. Pl. 1976): Die Gefahr sei nach § 2-509 (3) UCC nicht übergegangen, da der Verkäufer (Nichtkaufmann) kein Lieferangebot im Sinne des § 2-503 (1) UCC gemacht habe. Vgl. dazu Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (1)(c), S. 8-51 Fußn. 35.

4. Siehe Nordstrom, S. 405.

5. Vgl. Deitch v. Shamash, 56 Misc. 2d 875, 877, 290 N.Y.S. 2d 137, 139 (Civ. Ct. 1968): Erst wenn der Käufer angemessene Zeit zur Abnahme gehabt habe, gehe die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC auf ihn über. Siehe auch Nordstrom, S. 406.

Gefahr nach § 2-509 (3) UCC auf den Käufer über, auch wenn die Waren in der Kontrolle des Verkäufers bleiben. Die Gefahr lastet nunmehr auf dem Käufer, auch wenn er die Ware - falls diese weiterhin beim Verkäufer lagert - nicht gegen Untergang schützen kann¹⁾.

Der Käufer trägt die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC allerdings nur für einen vorübergehenden, begrenzten Zeitraum; das ergibt sich aus § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC (Action for the Price)²⁾. Die Kaufpreisklage (action for the price) des Verkäufers setzt nach § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC voraus, daß die Waren innerhalb angemessener Zeit (within a commercially reasonable time) nach dem Gefahrübergang untergegangen sind³⁾. Der Verkäufer hat also keinen Kaufpreisanspruch, wenn die Ware nach dem Gefahrübergang auf den Käufer erst nach Ablauf einer unangemessen langen Zeit untergeht. Dadurch soll verhindert werden, daß der Käufer nach § 2-509 (3) UCC zeitlich unbegrenzt die Gefahr trägt, während sich die Waren unter Umständen weiterhin im Herrschaftsbereich des Verkäufers befinden.

E. DIE GEFAHRTRAGUNGSVEREINBARUNG: § 2-509 (4) UCC⁴⁾.

§ 2-509 (4) UCC sieht vor, daß die gesetzlichen Gefahrtragungsvorschriften dispositiver Natur sind⁵⁾. Die Vertragspartner können die Gefahrtragung abweichend vom Gesetz regeln⁶⁾. Eine solche Vereinbarung muß klar und

1. Siehe Nordstrom, S. 402 Fußn. 95 und S. 409.

2. Vgl. oben S. 89 ff.

3. Siehe oben S. 91 f.

4. § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach):

(4) The provisions of this section are subject to contrary agreement of the parties and to the provisions of this Article on sale on approval (Section 2-327) and on effect of breach on risk of loss (Section 2-510).

5. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (3), S.8-63 ff.; Annotation, A.L.R. 3d 66 (1975), 178 ff.; Foorman, U.C.L. A.L.Rev. 1973, 1352, 1362 f.

6. Siehe Southland Mobile Home Corp. v. Chyrchel, 255 Ark. 366, 372, 500 S.W. 2d 778, 782 (1973): Aufgrund der Vereinbarung, daß der Verkäufer Installationen am verkauften Wohnwagen vornehmen sollte, gehe die Gefahr erst bei Beendigung der Installationen über. Siehe auch Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 5.

eindeutig zum Ausdruck gebracht werden¹⁾. In der Praxis spielt die Vereinbarung von Lieferklauseln eine große Rolle²⁾. So handelt es sich bei den Klauseln f.o.b.³⁾, f.a.s.⁴⁾, c.i.f.⁵⁾, c.& f.⁵⁾ oder ex-ship⁶⁾ nicht um bloße Preis-, sondern um Liefervereinbarungen, die die Gefahrtragung regeln.

1. Siehe *Mercanti v. Persson*, 160 Conn. 468, 474, 280 A. 2d 137, 140 (1971): Das Gericht verneinte eine Gefahrtragungsvereinbarung. Im Fall *Hayward v. Postma*, 31 Mich. App. 720, 725, 188 N.W. 2d 31, 33 (1971) betonte das Gericht, die Gefahrtragungsvereinbarung müsse klar und unmißverständlich sein. Das sei hier nicht der Fall. Siehe auch *Caudle v. Sherrard Motor Co.*, 525 S.W. 2d 238, 240 f. (Tex.Civ.App. 1975); *Galbraith v. American Motorhome Corp.*, 14 Wash. App. 754, 757 f., 545 P. 2d 561, 563 (1976).
2. So *White and Summers*, S. 135. Zu den Klauseln siehe *Bender's UCC Service*, Bd. 3A, § 8.03 (1) (a), S. 8-22 ff.; *White and Summers*, S. 140 ff.; *Annotation*, A.L.R. 3d 66 (1975), 159 ff.; *Williams*, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711, 715 ff. Vgl. auch *Rabel*, *Warenkauf*, Bd. 2, S. 326 ff.
3. § 2-319 UCC (F.O.B. and F.A.S. Terms):
 - (1) Unless otherwise agreed the term F.O.B. (which means "free on board") at a named place, even though used only in connection with the stated price, is a delivery term under which
 - (a) when the term is F.O.B. the place of shipment, the seller must at that place ship the goods in the manner provided in this Article (Section 2-504) and bear the expense and risk of putting them into the possession of the carrier; or
 - (b) when the term is F.O.B. the place of destination, the seller must at his own expense and risk transport the goods to that place and there tender delivery of them in the manner provided in this Article (Section 2-503);
 - (c) when under either (a) or (b) the term is also F.O.B. vessel, car or other vehicle, the seller must in addition at his own expense and risk load the goods on board. ... (Unterstreichungen vom Verfasser).
 - Vgl. *Consolidated Bottling Co. v. Jaco Equipment Corp.*, 442 F. 2d 660, 662 f. (2d Cir. 1971): Die Klausel "f.o.b. purchaser's truck" nach § 2-319 (1) (c) UCC sei eine abweichende Gefahrtragungsvereinbarung im Sinne von § 2-509 (4) UCC.
4. § 2-319 (2) UCC: ... the term F.A.S. vessel (which means "free alongside") at a named port ... is a delivery term...
5. § 2-320 UCC (C.I.F. and C.&F. Terms):
 - (1) The term C.I.F. means that the price includes in a lump sum the cost of the goods and the insurance and freight to the named destination. The term C.&F. or C.F. means that the price so includes cost and freight to the named destination.
6. § 2-322 UCC (Delivery "Ex-Ship"):
 - (1) Unless otherwise agreed a term for delivery of goods "ex-ship" (which means from the carrying vessel) or in equivalent language is not restricted to a particular ship and requires delivery from a ship which has reached a place at the named port of destination where goods of the kind are usually discharged.

Das bringen die §§ 2-319 ff. UCC klar zum Ausdruck¹⁾.

In § 2-509 (4) UCC wird auf die besonderen Vorschriften zum Kauf auf Probe in § 2-327 (1) UCC (Sale on Approval) verwiesen²⁾. Außerdem stellt § 2-509 (4) UCC klar, daß § 2-509 (1), (2) und (3) UCC keine Anwendung findet, wenn sich der Verkäufer oder Käufer im Vertragsbruch befindet³⁾. Für diesen Fall gilt vielmehr die Spezialregelung in § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss); danach finden bei Vertragsstörungen von seiten des Verkäufers oder des Käufers jeweils besondere Gefahrtragungsregeln Anwendung, die nachfolgend näher betrachtet werden sollen.

NEUNTER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM VERTRAGSBRUCH: § 2-510 UCC⁴⁾.

A. DIE ENTSTEHUNG DES § 2-510 UCC.

Die New York State Law Revision Commission setzte sich eingehend mit der 1952er Fassung⁵⁾ des § 2-510 UCC auseinander. Für die Commission erstell-

1. Siehe A.M. Knitwear Corp. v. All America Export-Import Corp., 41 N.Y. 2d 14, 17 und 19, 390 N.Y.S. 2d 832, 834 und 835 f., 359 N.E. 2d 342, 345 und 346 (1976): Nach § 2-319 (1) UCC sei die Klausel "f.o.b. at a named place" auch dann Lieferklausel, wenn sie im Zusammenhang mit dem Preis gebraucht werde. Dazu siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (1)(a), S. 8-34 Fußn. 13 und S. 8-36 Fußn. 16. Siehe auch Official Comment, § 2-319 UCC Anm. 1.
2. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.05, S. 8-86 ff.; Bunn, Snead und Speidel, S. 123 f.; Anderson, Am. Bus.L.J. 1 (1963), 84, 87 f. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 350.
3. Siehe Goosic Const.Co. v. City Nat.Bank of Crete, 196 Neb. 86, 87, 241 N.W. 2d 521, 522 (1976): § 2-509 UCC finde nur Anwendung, wenn kein Vertragsbruch vorliege.
4. § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss):
 - (1) Where a tender or delivery of goods so fails to conform to the contract as to give a right of rejection the risk of their loss remains on the seller until cure or acceptance.
 - (2) Where the buyer rightfully revokes acceptance he may to the extent of any deficiency in his effective insurance coverage treat the risk of loss as having rested on the seller from the beginning.
 - (3) Where the buyer as to conforming goods already identified to the contract for sale repudiates or is otherwise in breach before risk of their loss has passed to him, the seller may to the extent of any deficiency in his effective insurance coverage treat the risk of loss as resting on the buyer for a commercially reasonable time.
5. A.L.I., UCC Official Draft, 1952.

te Professor Honnold¹⁾ den folgenden Bericht²⁾: § 2-510 UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) qualifiziere die allgemeinen Regeln der Gefahrtragung in § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach), indem § 2-510 UCC die Gefahr der im Vertragsbruch befindlichen Partei auferlege. Diese Sonderregelung werde in § 2-510 (2) und (3) UCC eingeschränkt. Die vertragsbrüchige Partei werde insoweit von der Gefahrtragung freigestellt, als der andere Vertragsteil eine Versicherung gegen den Untergang abgeschlossen habe. Dadurch entfalle der von der Versicherung gedeckte Verlust auf den Versicherer. Die vertragsbrüchige Partei brauche nur insoweit für den Verlust aufzukommen, als der andere Teil nicht für wirksame Deckung durch eine Versicherung gesorgt habe. Somit enthalte § 2-510 UCC vom bisherigen Recht abweichende Neuerungen.

Auf der Grundlage dieses Berichts befaßte sich die New York State Law Revision Commission eingehend mit § 2-510 UCC und forderte eine Neufassung der Vorschrift³⁾. In der Folgezeit begnügte sich das Editorial Board mit einzelnen Änderungen der Vorschrift⁴⁾.

B. ÜBERBLICK ÜBER § 2-510 UCC.

§ 2-510 UCC regelt den Einfluß, den der Vertragsbruch des Verkäufers oder des Käufers auf die Gefahrtragung ausübt⁵⁾. Es sind drei Tatbestände zu unterscheiden. In § 2-510 (1) und (2) UCC begeht der Verkäufer den Vertragsbruch⁶⁾. Er kommt seiner Pflicht nicht nach, fehlerfreie Ware zu liefern:

§ 2-510 (1) UCC erfaßt den Fall, daß das Lieferangebot (tender of delivery) oder die Lieferung selbst nicht den vertraglichen Erfordernissen ent-

1. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 355.
2. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 492 ff.
3. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1956, S. 387.
4. Siehe Association of the Bar of the City of New York, Report 1962, S.35.
5. Siehe Latty, Bus.L.Rev. 1 (1954), 135, 140.
6. Zu § 2-510 (1) und (2) UCC siehe Anderson, § 2-510 UCC Anm. 4 f. und 8; Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (2), S.8-53 ff.; Braucher und Riegert, S. 233; Bunn, Snead und Speidel, S.120 f.; Nordstrom, S.409 ff.; Official Comment, § 2-510 UCC Anm. 1 ff.; White und Summers, S.148 f.; Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711,729 ff. Rechtsvergleichend Rabel,Warenkauf, Bd. 2, S. 320 f.

spricht¹⁾. Der Käufer ist daher nach § 2-602 UCC (Manner and Effect of Rightful Rejection) zur Zurückweisung (rejection)²⁾ der Lieferung berechtigt. Nach § 2-510 (1) UCC trägt der Verkäufer so lange die Gefahr, bis er die Mängel gemäß § 2-508 UCC (Cure by Seller of Improper Tender or Delivery) beseitigt oder bis der Käufer die Waren gemäß § 2-606 UCC (What Constitutes Acceptance of Goods) angenommen³⁾ hat.

§ 2-510 (2) UCC regelt die Gefahrtragung, wenn der Käufer die Annahme (acceptance) zu Recht widerruft (rightfully revokes). Unter welchen Voraussetzungen der Widerruf der Annahme (revocation of acceptance) rechtmässig ist, bestimmt sich nach § 2-608 UCC (Revocation of Acceptance in Whole or in Part). Nach § 2-608 (2) UCC kann der Käufer die Annahme allerdings nicht mehr widerrufen, wenn die Ware inzwischen untergegangen ist⁴⁾, es sei denn, daß gerade die Fehlerhaftigkeit der Ware zum Untergang geführt hat⁵⁾. Die Rechtsfolge des § 2-510 (2) UCC besteht darin, daß der Verkäufer von Anfang an i n s o w e i t die Gefahr trägt, als der Käufer nicht für wirksame Deckung durch eine Versicherung gesorgt hat. Die Versicherung der Waren durch den Käufer findet also bei der Gefahrtragung Berücksichtigung⁶⁾.

Begeht nicht der Verkäufer, sondern der Käufer den Vertragsbruch (breach of contract), so regelt § 2-510 (3) UCC die Gefahrtragung. Infolge des Vertragsbruchs geht die Gefahr auf den Käufer über, soweit der Verkäufer nicht wirksam gegen den Untergang versichert ist. Die Einbeziehung der Versicherung in die Gefahrtragung erfolgt in § 2-510 (3) UCC spiegelbildlich zu § 2-510 (2) UCC.

-
1. Vgl. William F. Wilke, Inc. v. Cummins Diesel Engines, Inc., 252 Md. 611, 618, 250 A. 2d 886, 890 (1969): Ob die Lieferung vertragsgemäß sei, richtete sich nach der Gesamtheit der Verkäuferpflichten.
 2. Vgl. Zabriskie Chevrolet, Inc. v. Smith, 99 N.J. Super. 441, 240 A. 2d 195 (L.Div. 1968): Der Käufer sei auch noch zur Zurückweisung berechtigt gewesen, nachdem er den Wagen bereits in Empfang genommen habe.
 3. Begrifflich zu unterscheiden ist die Annahme (acceptance) nach § 2-606 UCC von der rein physischen Abnahme (receipt) im Sinne des § 2-103 (1) (c) UCC.
 4. Hierin besteht ein bedeutsamer Unterschied zum deutschen Recht: Aufgrund des § 350 BGB kann der Käufer Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, auch wenn die Ware vor Vollziehung der Wandelung (§ 465 BGB) bei ihm durch Zufall untergegangen ist. Im deutschen Recht trägt also der Verkäufer - anders als im amerikanischen Recht - die Gefahr (§ 350 BGB).
 5. Siehe Official Comment, § 2-608 UCC Anm. 6.
 6. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 138; Baude, Kan. L. Rev. 13 (1965), 565, 571.

C. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM VERTRAGSBRUCH DES KÄUFERS: § 2-510 (3) UCC.

1. Die Entstehung des § 2-510 (3) UCC.

Der Bericht von Professor Honnold für die New York State Law Revision Commission befaßte sich nicht nur mit § 2-510 UCC in seiner Gesamtheit¹⁾, sondern insbesondere auch mit den Auswirkungen des Vertragsbruches des K ä u f e r s²⁾ auf die Gefahrtragung in § 2-510 (3) UCC (in der 1952er Fassung)³⁾: § 2-510 (3) UCC bewirke gegenüber dem bisherigen Recht tiefgreifende Änderungen⁴⁾. Außerdem weiche § 2-510 (3) UCC von den sonstigen Gefahrtragungsvorschriften im Uniform Commercial Code ab, die darauf abzielten, dem Vertragsteil die Gefahr aufzuerlegen, der die Waren unter seiner Kontrolle habe. Weiter führt der Bericht⁵⁾ aus, laut Offiziellem Kommentar⁶⁾ ziele § 2-510 (3) UCC darauf ab, die Gefahr dem "contract breaker" aufzuerlegen. Der vertragsbrüchige Käufer trage die Gefahr, obwohl nicht er, sondern der Verkäufer die Waren unter Kontrolle habe. Daher sei der Käufer kaum in der Lage, Maßnahmen zum Schutz der Waren zu treffen und die Waren zu versichern. Die typische Versicherungspolice erfasse gleichermaßen Grundstück und Mobiliar. Daher sei es dem Käufer kaum möglich, die Waren isoliert zu versichern, solange sie sich in den Geschäftsräumen des Verkäufers befänden⁷⁾. § 2-510 (3) UCC bestrafe den Käufer für seinen Vertragsbruch.

Die New York State Law Revision Commission⁸⁾ verlangte, eine Regelung zu schaffen, die sich stärker an § 22 (b) USA anlehne. In den 1956 veröffentlichten Empfehlungen⁹⁾ versah das Editorial Board den § 2-510 (3) UCC mit

1. Siehe dazu schon oben S.113.

2. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 496 ff.

3. A.L.I., UCC Official Draft, 1952, § 2-510 (3): "Where the buyer as to conforming goods already identified to the contract for sale repudiates or is otherwise in breach before risk of their loss has passed to him, the seller may to the extent of any deficiency in his effective insurance coverage treat the risk of loss as resting on the buyer."

4. Vgl. White und Summers, S. 147 Fußn. 27.

5. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 499.

6. Siehe Official Comment, § 2-510 UCC Anm. 3.

7. So N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 499 Fußn. 278.

8. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1956, S. 387.

9. A.L.I., Recommendations of the Editorial Board for the UCC, 1956.

dem Zusatz "for a commercially reasonable time"¹⁾. Dieser Zusatz wurde 1957 in die offizielle Textausgabe des Uniform Commercial Code²⁾ aufgenommen.

Wenn der Käufer nach § 2-510 (3) UCC wegen seines Vertragsbruches die Gefahr trägt, während sich die Waren unter Umständen weiterhin im Herrschaftsbereich des Verkäufers befinden, dann weicht die Gefahrtragung hier von dem Grundgedanken ab, daß der Vertragsteil, der die Waren unter seiner K o n t r o l l e hat, auch die Gefahr tragen soll. Stattdessen wird der Vertragsbruch des Käufers dadurch s a n k t i o n i e r t, daß dem Käufer die Gefahrtragung auferlegt wird. Diese Sanktion überschreitet jedoch nicht das dem Käufer zumutbare Maß, da der Käufer nur vorübergehend, nämlich "for a commercially reasonable time" die Gefahr trägt.

11. Der Vertragsbruch des Käufers.

Nach § 2-510 (3) UCC muß der Käufer den Vertrag durch Erfüllungsverweigerung (repudiation) oder auf sonstige Weise brechen. § 2-510 (3) UCC findet nur Anwendung, wenn der Käufer den Vertrag bricht, bevor die Gefahr nach § 2-509 UCC auf ihn übergegangen ist³⁾. Wenn der Käufer bereits nach § 2-509 UCC die Gefahr trägt, bleibt für § 2-510 (3) UCC kein Raum. Die Gefahr fällt nicht etwa auf den Verkäufer zurück, wenn der Käufer nach dem Gefahrübergang den Vertrag bricht⁴⁾. In diesem Fall bleibt die Gefahrtragung des Käufers nach § 2-509 UCC vom späteren Vertragsbruch unbeeinflußt⁵⁾.

1. Die Erfüllungsverweigerung.

Der Begriff der Erfüllungsverweigerung (repudiation) wird im Uniform Commercial Code nicht definiert. Dem Vorschlag⁶⁾, in den Uniform Commercial Code

1. Siehe dazu im einzelnen unten S. 122 f.

2. A.L.I., UCC Official Text, 1957.

3. Siehe Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711,734.

4. Siehe Anderson, § 2-510 UCC Anm. 6.

5. Siehe Ninth Street East, Ltd.v.Harrison, 5 Conn. Cir.Ct.597, 259 A. 2d 772 (1968): Das Gericht bejahte die Gefahrtragung des Käufers nach §§ 2-319 (1) (a), 2-509 (1) (a) UCC. Daß sich der Käufer nach dem Gefahrübergang weigerte, die Waren in Empfang zu nehmen, führte nicht etwa zur Anwendung des § 2-510 (3) UCC. Siehe auch Nordstrom, S. 415.

6. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n,Report 1956, S. 387.

eine Regelung aufzunehmen, die die Varianten der Erfüllungsverweigerung vor Gefahrübergang erfassen sollte, wurde nicht entsprochen¹⁾. Die Verwendung des Begriffs "repudiation" in §§ 2-610, 2-611, 2-703 und 2-711 UCC offenbart, daß darunter die "anticipatory repudiation" im Sinne des § 2-610 UCC (Anticipatory Repudiation) zu verstehen ist²⁾. Um eine solche "anticipatory repudiation" handelt es sich, wenn der Schuldner die geschuldete Leistung v_o_r ihrer Fälligkeit verweigert. Somit begeht der Käufer eine "anticipatory repudiation", wenn er die Annahme (acceptance) der Ware oder die Zahlung (payment) v_o_r Fälligkeit verweigert³⁾. Dasselbe gilt auch für sonstige Mitwirkungshandlungen des Käufers bei der Lieferung: Wenn sich der Käufer v_o_r_a_b weigert, die Ware zu spezifizieren, Versendungsinstruktionen zu erteilen oder Verpackungsmaterial bereitzustellen, obwohl er nach dem Vertrag dazu verpflichtet wäre, dann begeht der Käufer damit eine "anticipatory repudiation".

2. Der Vertragsbruch auf sonstige Weise.

Der Käufer begeht einen Vertragsbruch auf sonstige Weise (is otherwise in breach), wenn er b_e_i_Fälligkeit seine Verpflichtung zur Annahme⁴⁾ und zur Zahlung⁵⁾ aus § 2-301 UCC (General Obligations of Parties) nicht erfüllt⁶⁾.

Im Fall Multiplastics, Inc.v. Arch Industries, Inc.⁷⁾ verpflichtete sich der Verkäufer, die Waren nach den Wünschen des Käufers anzufertigen. Der

1. Siehe Association of the Bar of the City of New York, Committee on Uniform State Laws, Report 1962, S. 35.

2. So Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711,734 Fußn. 101.

3. Siehe Multiplastics, Inc.v.Arch Industries, Inc., 166 Conn. 280,285, 348 A. 2d 618,621 (1974): Das Gericht verneinte eine "anticipatory repudiation",da der Käufer die Annahme der Waren nicht v_o_r Fälligkeit verweigert habe; "... the defendant (the buyer) breached the contract by failing to accept the goods when acceptance became due." (Unterstreichung vom Verfasser).
Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd.2, S.322, der von ungerechtfertigter Annulierung des Vertrages spricht.

4. Vgl. das Beispiel in: N.Y.State Law Revision Comm'n,Report 1955,S.498 (Fall Nr.5); dieser Beispielsfall basierte auf der Entscheidung Cochran v.Friedman, 191 N.Y.S. 729 (Sup. Ct. 1922).

5. Vgl. dazu N.Y.State Law Revision Comm'n,Report 1955, S.498 (Fall Nr.6).

6. Siehe Braucher und Riegert, S. 233.

7. 166 Conn. 280, 348 A. 2d 618 (1974).

Käufer erklärte sich bereit, vom Zeitpunkt der Fertigstellung an täglich eine Teillieferung abzunehmen. Das an den Verkäufer gesandte Bestätigungsschreiben des Käufers trug den Vermerk "make and hold for release". Nach der Fertigstellung bat der Verkäufer den Käufer um Lieferanweisungen. Der Käufer weigerte sich, Anweisungen zu erteilen. Erst auf wiederholtes Drängen des Verkäufers sagte der Käufer zu, Anordnungen zu geben. Tatsächlich erteilte der Käufer jedoch auch in der Folgezeit keinerlei Anweisungen, so daß die Waren in der Obhut des Verkäufers blieben. Dort wurden sie durch ein Feuer zerstört. Der Verkäufer verklagte den Käufer auf Zahlung. Der Klage wurde stattgegeben. Dagegen legte der Käufer Berufung ein.

Die Berufung des Käufers hatte in der Sache keinen Erfolg. Das Berufungsgericht entschied, die Gefahr sei nach § 2-510 (3) UCC auf den Käufer übergegangen. Der Vertragsbruch im Sinne des § 2-510 (3) UCC bestehe darin, daß der Käufer keine Lieferanweisungen erteilt und die Abnahme der Waren verweigert habe. Zu Unrecht wende der Käufer ein, seine Weigerung, Lieferanweisungen zu erteilen, beinhalte keinen Vertragsbruch, da man sich nicht auf einen bestimmten Liefertermin geeinigt habe. Die Ansicht des Käufers, der Vermerk "Lieferung auf Abruf" in seinem Bestätigungsschreiben sei Inhalt des Vertrages geworden, treffe nicht zu. Vielmehr sei der Käufer zur rechtzeitigen Abnahme und Zahlung der Waren aus §§ 2-507 (1), 2-307 UCC verpflichtet gewesen¹⁾. Zwar habe der Käufer keine "anticipatory repudiation" im Sinne des § 2-610 UCC (Anticipatory Repudiation) begangen, da er nicht v_o_r_a_b die Erteilung von Lieferanweisungen verweigert habe. Jedoch habe der Käufer auf sonstige Weise den Vertrag gebrochen, indem er trotz Fälligkeit keine Anweisungen gegeben habe.

Weiter führte das Berufungsgericht aus, der Käufer könne auch mit seinem Einwand keinen Erfolg haben, daß der Verkäufer in die Nichtabnahme der Waren eingewilligt und so seinen Kaufpreisanspruch verwirkt habe. Das Berufungsgericht²⁾ sah darin den Einwand der "doctrines of waiver

1. 166 Conn. 280, 284 f., 348 A. 2d 618, 621 (1974).

2. 166 Conn. 280, 285, 348 A. 2d 618, 621 (1974) unter Berufung auf Mercanti v. Persson, 160 Conn. 468, 477 ff., 280 A. 2d 137, 142 (1971).

and estoppel", der in §§ 1-103, 1-107 und 2-209 UCC anerkannt werde. Der Verkäufer habe nicht bewußt auf den Kaufpreis verzichtet (waiver). Noch habe der Verkäufer einen Vertrauenstatbestand geschaffen, auf den sich der Käufer berufen könne (doctrine of estoppel). Daß der Verkäufer zunächst vom Käufer die Erteilung von Lieferinstruktionen verlangt habe, stehe nicht im Widerspruch zum jetzigen Zahlungsbegehren des Verkäufers.

Anders als in der vorangehenden Entscheidung verneinte das Berufungsgericht in Mercanti v. Persson¹⁾ einen Vertragsbruch: Der Kläger hatte einen Bootshersteller beauftragt, für seine Jacht einen Mast anzufertigen. Nach fünf Monaten hatte der Hersteller die Holzarbeiten an dem Masten abgeschlossen. Er konnte jedoch den Mast nicht ganz fertigstellen, da ihm der Kläger die Metallteile noch nicht beschafft hatte, obwohl sich dieser zur Beschaffung verpflichtet hatte. Erst nach weiteren fünf-einhalb Monaten besorgte der Kläger die erforderlichen Metallstücke. Zwei Tage darauf verbrannten der Mast und die Metallteile beim Bootshersteller. Der Kläger begehrte vom Bootshersteller Rückzahlung der geleisteten Anzahlung. Der beklagte Hersteller erwiderte, der Kläger habe die Beschaffung der Metallteile um fünf-einhalb Monate verzögert. Das sei ein Vertragsbruch des Klägers, auf den somit nach § 2-510 (3) UCC die Gefahr übergegangen sei.

Das Berufungsgericht entschied, die Gefahr sei nicht nach § 2-510 (3) UCC auf den Kläger übergegangen. Denn der Kläger habe keinen Vertragsbruch begangen. Die Parteien hätten keinen bestimmten Zeitpunkt für die Bereitstellung der Metallteile vereinbart gehabt²⁾. Daher habe der Kläger auch nicht den Vertrag gebrochen, indem er erst nach fünf-einhalb Monaten die Metallteile beschafft habe³⁾.

In Multiplastics, Inc. hatten die Parteien einen genauen Lieferzeitpunkt vertraglich vereinbart: Vom Tage der Fertigstellung an sollte der Käufer

1. 160 Conn. 468, 280 A. 2d 137 (1971); vgl. dazu die Entscheidungsanmerkung, A.L.R. 3d 66 (1975), 184 f.

2. Anders der Fall Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc., 166 Conn. 280, 284 f., 348 A. 2d 618, 621 (1974), in dem als Lieferbeginn der Zeitpunkt der Fertigstellung der Waren vereinbart worden war.

3. 160 Conn. 468, 473 f., 280 A. 2d 137, 140 (1971).

täglich eine Teilmenge abnehmen. Demgegenüber sah der Vertrag in Mercanti keinen bestimmten Zeitpunkt für die Bereitstellung der Metallteile durch den Kläger vor. Zu Recht bejahte das Berufungsgericht in Multiplastics, Inc. einen Vertragsbruch des Käufers, da dieser die Abnahme der Teillieferung zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt verweigert hatte. Daß hingegen das Berufungsgericht in Mercanti einen Vertragsbruch im Sinne des § 2-510 (3) UCC verneinte, vermag kaum zu überzeugen. Das Berufungsgericht stellte rein formal darauf ab, daß der Vertrag keinen bestimmten Zeitpunkt für die Bereitstellung der Metallteile durch den Kläger vorsah¹⁾. Es ließ unberücksichtigt, daß der Bootshersteller die Holzarbeiten an dem Masten bereits im Dezember 1963 abgeschlossen, der Kläger aber die zur Fertigstellung des Mastes erforderlichen Metallteile erst am 15. Juni 1964 bereitgestellt hatte. Zumindest hätte das Berufungsgericht erörtern müssen, ob nicht eine solche Verzögerung von über fünf einhalb Monaten auch ohne vertraglich bestimmten Zeitpunkt einen Vertragsbruch darstellte.

III. Das Festhalten des Verkäufers am Vertrag.

Wenn der Käufer den Vertrag gebrochen hat und die Waren untergegangen sind, so kann der Verkäufer nach §§ 2-709 (1) (a) 2. Alt. i.V.m. 2-510 (3) UCC vom Käufer nur dann Ersatz des von seiner Versicherung nicht gedeckten Verlustes verlangen, wenn er seinerseits am Vertrag festgehalten hat. Der Verkäufer hat keinen Anspruch, wenn er sich vom Vertrag losgesagt hat (abandonment).

In der Entscheidung Portal Galleries v. Tomar Prods.²⁾ schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über eine Reihe von Gemälden. Nachdem der Verkäufer einen Teil der Gemälde geliefert hatte, teilte ihm der Käufer mit, er werde die restlichen Gemälde weder abnehmen noch bezahlen. Daraufhin un-

1. Mercanti v. Persson, 160 Conn. 468, 473 f., 280 A. 2d 137, 140 (1971): "The claim fails, however, because there is no finding that any date for the delivery of the hardware for the mast was included in the agreement between the parties. Consequently, the plaintiff's delay in making delivery could not be found to be a breach of the agreement."
2. 60 Misc. 2d 523, 302 N.Y.S. 2d 871 (Sup.Ct.1969). Vgl. dazu die Entscheidungsanmerkung, A.L.R. 3d 66 (1975), 186. Siehe auch Anderson, § 2-510 UCC Anm. 9 mit Fußn. 19 f.

ternahm der Verkäufer einen Deckungsverkauf (resale) der restlichen Gemälde. Bevor diese Gemälde an Dritte geliefert wurden, verbrannten sie. Der Verkäufer erhielt von seiner Versicherung nur teilweise Ersatz. Er verklagte den Käufer auf Ersatz des Deckungsdefizits.

Das Gericht entschied, der Verkäufer habe gegen den Käufer keinen Anspruch auf Ersatz des von seiner Versicherung nicht gedeckten Verlusts¹⁾. Der Käufer trage nicht nach § 2-510 (3) UCC die Gefahr. Nachdem der Verkäufer vom Käufer erfahren habe, daß dieser den Vertrag nicht erfüllen werde, habe sich der Verkäufer seinerseits vom Vertrag losgesagt²⁾. Während der Käufer ausdrücklich die Vertragserfüllung verweigert habe, habe sich der Verkäufer konkludent vom Vertrag gelöst. Das Verhalten des Verkäufers und die Begleitumstände machten dies deutlich: Der Verkäufer habe der Erfüllungsverweigerung des Käufers nicht widersprochen. Er habe den Käufer nicht zur Fortsetzung und Durchführung des Vertrags angehalten. Stattdessen habe er sich mit dem Vertragsbruch des Käufers abgefunden. Daß der Verkäufer den Deckungsverkauf betrieben habe, ohne den Käufer davon zu benachrichtigen, mache deutlich, daß sich der Verkäufer nicht mehr an den Vertrag gebunden gehalten habe.

IV. Die Fehlerfreiheit der Waren.

§ 2-510 (3) UCC verlangt, daß die Waren frei von Mängeln (conforming) sind. Der Begriff "conforming" wird in § 2-106 (2) UCC³⁾ definiert. Danach müssen die Waren den vertraglichen Erfordernissen entsprechen⁴⁾. Sind die Waren mit einem Mangel behaftet, so findet § 2-510 (3) UCC keine Anwendung, auch wenn der Mangel noch so geringfügig ist. Stattdessen kommt § 2-510 (1) UCC zur Anwendung, wenn die Waren derartige Mängel aufweisen, daß der Käufer nach § 2-602 UCC (Manner and Effect of Rightful Re-

1. Vgl. dazu King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 278.

2. 60 Misc. 2d 523, 525, 302 N.Y.S. 2d 871, 873 (Sup.Ct. 1969): "Plaintiff (the seller) after it received the notice of cancellation abandoned the contract and thereby rendered it unenforceable." (Zusatz in der Klammer vom Verfasser).

3. Siehe die Definition oben auf S. 91 Fußn. 5.

4. Siehe Anderson, § 2-510 UCC Anm. 6.

jection) zur Zurückweisung berechtigt ist¹⁾. Nach § 2-510 (1) UCC trägt dann der Verkäufer die Gefahr. Auch wenn der Käufer die fehlerhaften Waren bereits in E m p f a n g genommen hat (receipt)²⁾, kann er sie später immer noch zurückweisen. Selbst wenn der Käufer somit die fehlerhaften Waren unter seiner Kontrolle hat, trägt der Verkäufer nach § 2-510 (1) UCC so lange die Gefahr, wie der Käufer noch zur Zurückweisung (rejection) der fehlerhaften Waren berechtigt ist³⁾. Erst wenn der Verkäufer die Mängel beseitigt (cure) oder der Käufer die Waren a n g e n o m m e n hat (acceptance)⁴⁾, geht die Gefahr auf den Käufer über.

V. Die vorübergehende Gefahrtragung des Käufers.

1. Die Entstehungsgeschichte.

Die Gefahr geht nach § 2-510 (3) UCC im Zeitpunkt des Vertragsbruchs auf den Käufer über. Der Käufer trägt dann die Gefahr nur v o r ü b e r g e h e n d, nämlich nur "for a commercially reasonable time"⁵⁾. Diese zeitliche Begrenzung war in der 1952er Fassung des § 2-510 (3) UCC⁶⁾ noch nicht enthalten. Daß der Käufer die Gefahr für unbegrenzte Zeit tragen sollte, stieß auf Kritik⁷⁾. Den Ansatz der Kritik verdeutlichte das folgende Beispiel⁸⁾:

Am 1. Januar sonderte der Verkäufer die Waren für den Käufer aus. Der Vertrag sah vor, daß die Waren am 5. Januar an den Käufer abgesandt werden sollten. Bevor es dazu kam, verweigerte (repudiated) der Käufer am 3. Januar die Erfüllung des Vertrages. Deshalb sandte der Verkäufer die Waren nicht ab. Drei Monate später wurden die Waren beim Verkäufer durch ein Feuer vernichtet.

1. Siehe Pope, Ark.L.Rev. 28 (1975), 508, 512 ff.

2. Zur Definition von "receipt" in § 2-103 (1) (c) UCC siehe oben S. 104 Fußn. 1.

3. Siehe Nordstrom, S. 410 mit Entscheidungsnachweisen in Fußn. 34 und 35.

4. Zum Begriff der "acceptance" siehe oben S.114 Fußn. 3.

5. Siehe Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (2), S.8-61; Weems, La.Law Review 27 (1967), 299, 310.

6. Zum Gesetzeswortlaut der 1952er Fassung siehe oben S.115 Fußn.3.

7. Siehe Williston, Harv.L.Rev.63 (1950), 561, 583; vgl. dazu King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 277 mit Fußn. 53.

8. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S.497 f. (Fall Nr.3). Vgl. auch das Beispiel bei King, Com.L.J.77 (1972), 272, 273.

Zur rechtlichen Lösung dieses Beispielfalles führte der Bericht für die New York State Law Revision Commission aus¹⁾: Der Käufer trage nach § 2-510 (3) UCC (in der 1952er Fassung)²⁾ die Gefahr, soweit der Verlust nicht durch die Versicherung des Verkäufers gedeckt sei. Die Gefahrtragung des Käufers nach § 2-510 (3) UCC (in der 1952er Fassung) sei nicht lediglich vorübergehend, sondern endgültig. Die Gefahr laste auch noch nach den drei Monaten auf dem Käufer und sei nicht auf den Verkäufer zurückgefallen. Dieses Ergebnis stehe im Widerspruch zum Grundgedanken des § 2-509 UCC, wonach die Gefahrtragung mit der Kontrolle über die Waren zusammenfallen solle.

Die vorangehende Kritik im Bericht für die New York State Law Revision Commission veranlaßte das Editorial Board³⁾, die 1952er Fassung des § 2-510 (3) UCC mit dem Zusatz "for a commercially reasonable time" zu versehen⁴⁾. Dadurch wurde erreicht, daß die Gefahr nach § 2-510 (3) UCC nur v o r ü b e r g e h e n d auf den Käufer übergeht. Der Vertragsbruch des Käufers wird somit milder sanktioniert⁵⁾ als es der Fall wäre, wenn der Käufer wie in der 1952er Fassung des § 2-510 (3) UCC endgültig und ohne zeitliche Begrenzung die Gefahr zu tragen hätte.

2. Die ratio legis.

§ 2-510 (3) UCC geht davon aus, daß sich die fehlerfreien Waren (conforming goods) noch im Kontrollbereich des Verkäufers befinden. Hätte der Käufer die Waren bereits abgenommen, so wäre die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC mit der Abnahme (receipt)⁶⁾ auf den Käufer übergegangen. Dann käme § 2-510 (3) UCC nicht zur Anwendung, da die Gefahr bereits v o r dem Vertragsbruch des Käufers nach § 2-509 (3) UCC auf diesen übergegangen wäre⁷⁾. Ebenso wenig gelangt § 2-510 (3) UCC bei fehlerhafter Ware zur

1. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 497 f. (Fall Nr.3).
2. Zum Wortlaut der 1952er Fassung siehe oben S.115 Fußn.3.
3. Siehe A.L.I., Recommendations of the Editorial Board for the UCC,1956, § 2-510 UCC, S. 60.
4. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 6, Teil 1, § 2-510 UCC, S. 1-141. Vgl. unten S. 124 f.
5. Vgl. oben S. 116.
6. Zur Definition von "receipt" in § 2-103 (1) (c) UCC siehe oben S. 104 Fußn.1.
7. Siehe Nordstrom, S. 415; so schon oben S. 116.

Anwendung, da § 2-510 (3) UCC ausdrücklich "conforming goods" voraussetzt¹⁾. Vielmehr trüge bei fehlerhafter²⁾ Ware der Verkäufer nach § 2-510 (1) UCC so lange die Gefahr, bis er die Mängel beseitigt (cured) oder der Käufer die Ware angenommen (accepted)³⁾ hätte.

Somit trägt nach § 2-510 (3) UCC der Käufer die Gefahr, während sich die fehlerfreien Waren im Herrschaftsbereich des Verkäufers befinden. Dadurch weicht § 2-510 (3) UCC vom Gefahrtragungsprinzip des § 2-509(3) UCC ab, wonach der Verkäufer so lange die Gefahr tragen soll, als er die Waren unter Kontrolle hat⁴⁾.

Nach § 2-510 (3) UCC trägt der Käufer die Gefahr nur "for a commercially reasonable time". Dieser Zeitraum soll es dem Verkäufer ermöglichen, sich auf den Vertragsbruch des Käufers einzustellen und die seiner Kontrolle unterliegenden Waren zu versichern⁵⁾. Wenn eine angemessene Zeitspanne verstrichen ist, die es dem Verkäufer gestattete, eine Versicherung abzuschließen, fällt die Gefahr auf den Verkäufer zurück. Das gilt auch dann, wenn der Verkäufer von der Möglichkeit, eine Versicherung abzuschließen, keinen Gebrauch gemacht hat⁶⁾.

3. "A Commercially Reasonable Time".

Der Begriff der "reasonable time" wird in § 1-204 (2) UCC⁷⁾ näher charakterisiert⁸⁾: Ob eine Zeitspanne zur Vornahme einer Handlung angemessen sei, bestimme sich nach der Art, dem Zweck und den Umständen der Handlung. Die

1. Vgl. oben S. 121.
2. Zur Gefahrtragung des Verkäufers bei fehlerhafter Ware vgl. oben S. 113 f.
3. Zum Begriff der "acceptance" siehe oben S.114 Fußn. 3.
4. Siehe Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3.
5. So *Portal Galleries v. Tomar Prods.*, 60 Misc. 2d 523, 526, 302 N.Y.S. 2d 871, 874 (Sup.Ct. 1969); *Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc.*, 166 Conn. 280, 287, 348 A. 2d 618, 622 (1974). Siehe auch Schmitthoff in: Honnold, *Unification of the Law*, 1966, S. 169, 180; Baude, *Kan.L.Rev.* 13 (1965), 565, 571.
6. Siehe Anderson, § 2-510 UCC Anm. 6.
7. § 1-204 (2) UCC: What is a reasonable time for taking any action depends on the nature, purpose and circumstances of such action.
8. Siehe Annotation, *A.L.R.* 3d 66 (1975), 185; *Williams, Ind.L.Rev.* 7 (1974), 711, 734. Vgl. auch die §§ 2-610, 2-706 und 2-709 UCC, die ebenfalls das Merkmal der "commercially reasonable time" aufweisen.

Handlung, für die dem Verkäufer in § 2-510 (3) UCC ein angemessener Zeitraum zubilligt wird, besteht im Abschluß einer Versicherung für die Waren. Daß sich die Angemessenheit der Zeit an den Umständen des Einzelfalls zu orientieren hat¹⁾, betonen die beiden folgenden Entscheidungen:

Im Fall Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc.²⁾ forderte der Verkäufer den Käufer zur Abnahme der Waren auf. Der Verkäufer teilte dem Käufer am 18. August mit, er könne die Waren nicht unbegrenzt für ihn lagern. Am 20. August weigerte sich der Käufer, die Lieferung abzunehmen. Am 22. September wurden die Waren, die sich immer noch beim Verkäufer befanden, durch ein Feuer zerstört. Das Gericht entschied, die Gefahr sei nach § 2-510 (3) UCC mit dem Vertragsbruch des Käufers am 20. August auf diesen übergegangen. Es bejahte, daß es sich bei dem über einmonatigen Zeitraum zwischen dem Gefahrübergang und dem Untergang am 22. September um eine im Handelsverkehr angemessene Zeit handle. Dem Verkäufer solle während des angemessenen Zeitraumes Gelegenheit gegeben werden, die Waren zu versichern. Im vorliegenden Fall habe sich der Käufer zunächst bereit erklärt, Lieferanweisungen zu erteilen, ohne dies jedoch zu tun. Der Verkäufer habe aber annehmen müssen, der Käufer werde noch Lieferanweisungen geben. Außerdem habe der Verkäufer die Waren nach den Wünschen des Käufers angefertigt, so daß er mit dem Interesse des Käufers an der Lieferung habe rechnen dürfen. Aufgrund dieser Umstände habe der Verkäufer annehmen dürfen, den Käufer bald beliefern zu können. Daher habe sich der Verkäufer ohne Eile um den Abschluß einer Versicherung bemühen dürfen.

In der Entscheidung Portal Galleries v. Tomar Prods.³⁾ teilte der Käufer am 17. Oktober dem Verkäufer mit, er werde die noch ausstehende Lieferung nicht abnehmen. Daraufhin veranlaßte der Verkäufer am 26. Oktober einen Deckungsverkauf (resale) der noch nicht gelieferten Gemälde. Ein Teil der Gemälde blieb weiterhin im Besitz des Verkäufers und verbrannte dort am 27. Januar. Das Gericht entschied, der Verkäufer habe gegen den Käufer keinen Anspruch auf Ersatz des von seiner Versicherung nicht gedeckten Verlusts. Denn der Verkäufer habe nach dem Vertragsbruch des Käufers nicht mehr am Vertrag festgehalten, sondern habe sich seinerseits vom

1. Ebenso Bunn, Sneed und Speidel, S. 122.

2. 166 Conn. 280, 348 A. 2d 618 (1974). Siehe dazu Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (2), S. 8-61 f. Fußn. 44 und schon oben S. 117 ff.

3. 60 Misc. 2d 523, 302 N.Y.S. 2d 871 (Sup.Ct.1969); siehe dazu die Entscheidungsanmerkung, A.L.R. 3d 66 (1975), 185.

Vertrag losgesagt¹⁾. Im übrigen habe der Käufer nach § 2-510 (3) UCC zum Zeitpunkt des Untergangs am 27. Januar aber auch deswegen nicht die Gefahr getragen, weil die Zeitspanne zwischen dem Vertragsbruch des Käufers am 17. Oktober und dem Untergang am 27. Januar nicht mehr "commercially reasonable" gewesen sei. Wenn der Verkäufer die in seinem Besitz verbliebenen Gemälde hätte versichern wollen, dann hätte er dazu keinen über dreimonatigen Zeitraum benötigt.

VI. Die Konkretisierung.

Die Gefahr geht nur dann nach § 2-510 (3) UCC auf den Käufer über, wenn die Waren konkretisiert (identified) worden sind. Die Konkretisierung (identification) wird in § 2-501 (1) UCC geregelt. Begrifflich setzt die Konkretisierung nicht voraus, daß die Waren fehlerfrei sind²⁾. Jedoch verlangt § 2-510 (3) UCC ausdrücklich, daß die Waren frei von Mängeln (conforming) sein müssen³⁾.

1. Die Konkretisierung kraft Vereinbarung.

Nach § 2-501 (1) UCC⁴⁾ kann die Konkretisierung jederzeit und auf beliebige Art und Weise erfolgen, auf die sich die Parteien ausdrücklich geeinigt haben⁵⁾. Nur wenn es an einer Vereinbarung fehlt, finden die in § 2-501 (1) (a), (b) und (c) UCC aufgestellten Regelungen Anwendung. Die Kon-

1. 60 Misc. 2d 523,525, 302 N.Y.S. 2d 871,873 (Sup.Ct.1969): "Plaintiff (the seller) after it received the notice of cancellation abandoned the contract and thereby rendered it unenforceable." (Zusatz in der Klammer und Unterstreichung vom Verfasser). Dazu siehe schon oben S.120 f.
2. So der Wortlaut des § 2-501 (1) UCC: "The buyer obtains a special property and an insurable interest in goods by identification of existing goods as goods to which the contract refers even though the goods so identified are non-conforming and he has an option to return or reject them." (Unterstreichung vom Verfasser). Siehe Williston on Sales, Bd. 3, 4.Aufl., § 23-3, S.332. Siehe auch Anderson, Am.Bus. L.J. 1 (1963), 84, 85 ff.
3. Siehe dazu schon oben S. 121 f.
4. § 2-501 (1) UCC: "... Such identification can be made at any time and in any manner explicitly agreed to by the parties. ..."
5. Siehe Official Comment, § 2-501 UCC Anm. 1; Williston on Contracts, Bd. 8, § 962 A, S. 441 mit Fußn. 17.

konkretisierungsvereinbarung muß ausdrücklich (explicitly) erfolgen¹⁾. Ob eine solche Vereinbarung getroffen wurde, ist durch Auslegung unter Berücksichtigung von Verkehrssitte und Handelsbrauch im Sinne des § 1-205 UCC (Course of Dealing and Usage of Trade) zu ermitteln²⁾. Die Vereinbarung braucht nicht im Vertrag selbst enthalten zu sein. Es genügt, wenn der Vertrag auf standardisierte Geschäftsbedingungen Bezug nimmt, in denen die Konkretisierung geregelt ist.

2. Die Konkretisierung kraft Gesetzes.

Haben die Parteien keine ausdrückliche Konkretisierungsvereinbarung getroffen, dann gilt § 2-501 (1) (a), (b) und (c) UCC³⁾. Ob es zur Konkretisierung (identification) gekommen ist, bleibt zunächst eine Tatsachenfrage. Im Zweifel ist eine Konkretisierung zu bejahen⁴⁾.

§ 2-501 (1) (a) UCC regelt die Konkretisierung bereits f_e_r_t_i_g_g_e_s_t_e_l_l_e_r Waren (goods already existing)⁵⁾. In die Regelung hat sich eine Tautologie eingeschlichen, indem der Zeitpunkt der Konkretisierung dadurch bestimmt wird, daß die Waren konkretisiert werden⁶⁾.

§ 2-501 (1) (b) UCC erfaßt die z_u_k_u_n_f_t_i_g_e_n Waren (future goods). Eine negative Definition der "future goods" findet sich in § 2-105 (2) UCC. Danach sind Waren dann zukünftige (future), wenn sie nicht

1. Siehe Official Comment, § 2-501 UCC Anm. 3.

2. Siehe Nordstrom, S. 378; Williston on Sales, Bd.3, 4.Aufl., § 23-3, S. 331 f. mit Fußn. 41.

3. § 2-501 (1) UCC: "... in the absence of explicit agreement identification occurs

(a) when the contract is made if it is for the sale of goods already existing and identified;

(b) if the contract is for the sale of future goods other than those described in paragraph (c), when goods are shipped, marked or otherwise designated by the seller as goods to which the contract refers;

(c) ... if the contract is for the sale of unborn young ... or for the sale of crops to be harvested within twelve months..."

Siehe auch Nordstrom, S. 378 mit Fußn. 19.

4. So Official Comment, § 2-501 UCC Anm.2. A.A.Nordstrom, S.379. Siehe auch Whiteside, Ky.L.J. 49 (1960), 165,177 Fußn. 66.

5. Siehe Nordstrom, S.412 mit Fußn. 44.Vgl.das Beispiel bei Bunn, Snead und Speidel, S. 116 f.

6. So der Wortlaut des § 2-501 (1) (a) UCC: "...identification occurs (a) when the contract is made if it is for the sale of goods already existing and identified..." (Unterstreichung vom Verfasser).

bereits hergestellt und konkretisiert (not both existing and identified) sind. § 2-501 (1) (b) UCC gilt für zukünftige Waren, die nicht zu denen in § 2-501 (1) (c) UCC gehören, d.h. es darf sich nicht um ungeborenes Vieh oder um Getreide auf dem Halm handeln. Die Konkretisierung tritt ein, wenn die "future goods" versandt, mit einer Anschrift versehen oder auf sonstige Weise so gekennzeichnet werden, daß die Waren zur Vertrags-erfüllung bestimmt sind¹⁾.

Eine klare Abgrenzung zwischen § 2-501 (1) (a) UCC und § 2-501 (1) (b) UCC ist schwer möglich. § 2-501 (1) (a) UCC erfaßt bereits fertiggestellte Waren. Aber auch die zukünftigen Waren, für die § 2-501 (1) (b) UCC gilt, können nach § 2-105 (2) UCC bereits hergestellt und brauchen nur noch nicht konkretisiert zu sein²⁾.

§ 2-501 (1) (c) UCC regelt die Konkretisierung für Getreide auf dem Halm und für gezeugtes, aber noch nicht geborenes Vieh³⁾.

3. Die Konkretisierung der Vorratsschuld.

Ist die Ware nicht individuell bestimmt, sondern aus einem bestimmten Vorrat zu liefern, so handelt es sich um eine Vorratsschuld. Wenn vertretbare Waren (fungible goods) im Sinne des § 1-201 (17) UCC⁴⁾ geschuldet werden, so wird die Vorratsschuld nach § 2-501 (1) (a) UCC konkretisiert⁵⁾. Danach tritt die Konkretisierung (identification) bereits mit dem Abschluß des Kaufvertrages ein. Eine Aussonderung der vertretbaren Ware aus dem Vorrat ist zur Konkretisierung nicht erforderlich. Der Verkäufer ist lediglich aus dem Kaufvertrag nach § 2-301 UCC⁶⁾ zur Lieferung und somit auch zur Aussonderung verpflichtet. Als Beispiele einer Vorratsschuld vertret-

1. Siehe Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711,734 mit Fußn. 103. Siehe auch Schmitthoff in: Honnold, Unification of the Law, 1966, S. 169, 189.

2. Siehe Nordstrom, S. 379.

3. Siehe Official Comment, § 2-501 UCC Anm. 6; Williston on Sales, Bd.3, 4.Aufl., § 23-3, S. 333 mit Fußn. 46.

4. § 1-201 (17) UCC: "Fungible" with respect to goods ... means goods ... of which any unit is, by nature or usage of trade, the equivalent of any other like unit. Goods which are not fungible shall be deemed fungible for the purposes of this Act to the extent that under a particular agreement or document unlike units are treated as equivalents.

5. Siehe Williston on Sales, Bd. 3, 4. Aufl., § 23-3, S. 334.

6. § 2-301 UCC: The obligation of the seller is to transfer and deliver ... in accordance with the contract.

barer Waren nennt der Offizielle Kommentar¹⁾ Korn im Getreidesilo und Öl im Öltank.

Daß es zur Konkretisierung vertretbarer Waren keiner Aussonderung bedarf, wurde im Fall Henry Heide, Inc. v. Atlantic Mut. Ins. Co.²⁾ hervorgehoben. Der vom Käufer erworbene Zucker befand sich in einem Lagerhaus, wo er zusammen mit anderem Zucker vom Lagerhalter verwahrt wurde. Zur Konkretisierung führte das Gericht aus: Bei dem Zucker handele es sich um eine vertretbare Ware im Sinne des § 1-201 (17) UCC. Auch ohne räumliche Trennung vom sonstigen im Lagerhaus befindlichen Zucker sei nach § 2-501 (1) (a) UCC die Konkretisierung mit dem Abschluß des Kaufvertrages eingetreten³⁾. Eine räumliche Absonderung des vom Käufer erworbenen Zuckers sei daher für die Konkretisierung nicht erforderlich gewesen.

4. Der Zeitpunkt der Konkretisierung.

Nach § 2-510 (3) UCC müssen die Waren b e r e i t s (already) konkretisiert sein. Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt sich das "bereits" bezieht. Daß die Waren zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits konkretisiert sein müssen, versteht sich von selbst⁴⁾. Dazu bedarf es nicht der Hervorhebung durch das "bereits"⁵⁾. Ebenso selbstverständlich ist es, daß die Waren bereits vor dem Untergang konkretisiert sein müssen. Allerdings wird der Verkäufer nach dem Untergang häufig behaupten, er habe die Waren zuvor konkretisiert. Dem Käufer wird es schwerfallen, diese Behauptung zu widerlegen⁶⁾. Im übrigen können Konkretisierung, Vertragsbruch und Untergang in verschiedener zeitlicher Reihenfolge zueinander stehen⁷⁾:

a. Konkretisierung - Vertragsbruch - Untergang.

Die Konkretisierung kann dem Vertragsbruch vorausgehen, der seinerseits

1. Siehe Official Comment, § 2-501 UCC Anm. 5.

2. 80 Misc. 2d 485, 363 N.Y.S. 2d 515 (N.Y.Sup.Ct.1975).

3. 80 Misc. 2d 485, 488, 363 N.Y.S. 2d 515, 518 (N.Y.Sup.Ct.1975) unter Berufung auf den Official Comment, § 2-501 UCC Anm. 5.

4. So auch das deutsche Recht; vgl. dazu oben S. 33 f.

5. Siehe Nördstrom, S. 412.

6. Siehe Peters, Yale L.J. 73 (1963), 199, 248.

7. Siehe Nördstrom, S. 413; White und Summers, S. 149.

vor dem Untergang der Waren stattfindet¹⁾. Die Waren sind b e r e i t s konkretisiert, bevor sich der Vertragsbruch und anschließend der Untergang ereignen. Zwischen dem Vertragsbruch des Käufers und dem Untergang der Waren braucht kein Kausalzusammenhang zu bestehen²⁾. § 2-510 (3) UCC findet auch dann Anwendung, d.h. der Käufer trägt auch dann die Gefahr, wenn der Vertragsbruch nicht für den Untergang kausal geworden ist. Das ist der Fall, wenn die Waren nach dem Vertragsbruch, aber vor dem Lieferzeitpunkt untergehen. Das veranschaulicht das folgende Beispiel³⁾: Der Verkäufer konkretisiert die Waren am 1. Januar. Die Versendung an den Käufer ist für den 5. Januar vorgesehen. Am 3. Januar verweigert der Käufer die Vertragserfüllung. Am 4. Januar gehen die Waren beim Verkäufer unter. Nach § 22 (b) USA ginge im vorliegenden Beispiel die Gefahr nicht auf den Käufer über. § 22 (b) USA setzte voraus, daß die Lieferverzögerung des Käufers den Untergang verursachte⁴⁾. Daran fehlt es hier, da die Waren auch ohne den Vertragsbruch des Käufers erst am 5. Januar versandt worden wären und sich somit ohnehin im Zeitpunkt des Untergangs am 4. Januar noch beim Verkäufer befunden hätten. Demgegenüber verlangt § 2-510 (3) UCC keinen Kausalzusammenhang, so daß der Käufer danach die Gefahr trägt. Zwar steht der Vertragsbruch des Käufers in keinem inneren Zusammenhang mit dem Untergang. Dennoch wird dem Käufer nach § 2-510 (3) UCC vorübergehend (for a commercially reasonable time) die Gefahr auferlegt, um ihn für seinen Vertragsbruch zu bestrafen⁵⁾.

b. Konkretisierung - Untergang - Vertragsbruch.

Die Konkretisierung kann auch vor dem Untergang und dem anschließenden Vertragsbruch liegen. Anders als bei der vorangehenden Zeitfolge ereignet sich dann der Untergang nicht nach, sondern vor dem Vertragsbruch. Dies erhellt das folgende Beispiel⁶⁾:

1. Diese Zeitfolge findet sich in den Entscheidungen *Mercanti v. Persson*, 160 Conn. 468, 280 A. 2d 137 (1971); *Portal Galleries v. Tomar Prods.*, 60 Misc. 2d 523, 302 N.Y.S. 2d 871 (Sup.Ct.1969); *Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc.*, 166 Conn. 280, 348 A. 2d 618 (1974).
2. Siehe Kuenzel, Fla.B.J. 36 (1962), 1020, 1031.
3. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 497 (Fall Nr.2).
4. Siehe oben S. 83 ff.
5. Siehe Nordstrom, S. 413 f. Fußn. 46; siehe schon oben S. 116 und 123.
6. Siehe Nordstrom, S. 413.

Die Parteien vereinbaren als Lieferzeitpunkt den 15. Juni. Am 10. Juni konkretisiert der Verkäufer die Waren, indem er sie mit der Anschrift des Käufers versieht. Am 12. Juni vernichtet ein Feuer im Lager des Verkäufers die konkretisierten Waren. Am 14. Juni verweigert der Käufer die Vertragserfüllung, ohne von dem Untergang zu wissen. Nach § 2-510 (3) UCC geht die Gefahr im Zeitpunkt des Vertragsbruchs auf den Käufer über. Das ist hier der 14. Juni. Zur Zeit des Untergangs am 12. Juni trägt also der Verkäufer die Gefahr. Die Gefahr geht nicht dadurch rückwirkend auf den Käufer über, daß er erst nach dem Untergang den Vertrag bricht.

c. Vertragsbruch - Konkretisierung - Untergang.

Zunächst begeht der Käufer einen Vertragsbruch. Der Verkäufer hält jedoch am Vertrag fest und konkretisiert die Waren. Anschließend gehen die Waren unter. Somit sind die Waren zwar bereits vor dem Untergang, aber nicht vor dem Vertragsbruch konkretisiert. Fraglich ist, ob in § 2-510 (3) UCC die Waren bereits v o r dem Vertragsbruch des Käufers konkretisiert sein müssen. Daß eine Konkretisierung nach dem Vertragsbruch überhaupt rechtlich möglich ist, ergibt sich aus § 2-704 (1) (a) UCC¹⁾. In dieser Vorschrift ist der Verkäufer berechtigt, n a c h dem Vertragsbruch des Käufers die Waren zu konkretisieren²⁾. Das folgende Beispiel³⁾ veranschaulicht die Problematik:

Der Käufer verweigert am 15. Dezember die Vertragserfüllung, noch bevor der Verkäufer die Waren konkretisiert hat. Daraufhin konkretisiert der Verkäufer

1. § 2-704 UCC (Seller's Right to Identify Goods to the Contract Notwithstanding Breach):

- (1) An aggrieved seller under the preceding section may
(a) identify to the contract conforming goods not already identified if at the time he learned of the breach they are in his possession or control;

Siehe auch Official Comment, § 2-704 UCC Anm. 1.

2. Siehe Nordstrom, S. 414 mit Fußn. 48; Latty, Bus.L.Rev. 1 (1954), 135, 140 mit Fußn. 14.

3. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 498 (Fall Nr. 4).

käufer die Waren am 1. Januar. Zugleich teilt er dem Käufer mit, daß er die Waren für Rechnung des Käufers an Dritte weiterverkaufen (resale) werde, falls der Käufer die Waren nicht doch noch abnehme. Bevor es zum Selbsthilfeverkauf (resale) kommt, verbrennen die Waren im Lager des Verkäufers. Der Verkäufer ist gemäß § 2-704 (1) (a) UCC berechtigt, nach dem Vertragsbruch des Käufers vom 15. Dezember die Konkretisierung am 1. Januar vorzunehmen. Das gilt auch im Rahmen von § 2-510 (3) UCC. Danach geht die Gefahr auch dann über, wenn die Konkretisierung bereits vor dem Untergang, aber erst nach dem Vertragsbruch stattfindet¹⁾. Somit trägt im vorliegenden Beispiel der Käufer die Gefahr.

VII. Die Versicherung der Waren.

§ 2-510 (3) UCC bezieht die Versicherung der Waren in die Gefahrtragung ein. Hierbei handelt es sich im Vergleich zum bisherigen Recht um eine echte Neuerung²⁾. Der Käufer trägt nach § 2-510 (3) UCC nur insoweit die Gefahr, als der Verkäufer nicht wirksam versichert ist³⁾. Hat der Verkäufer eine wirksame Versicherung abgeschlossen, so geht trotz des Vertragsbruchs des Käufers die Gefahr nicht nach § 2-510 (3) UCC auf den Käufer über⁴⁾.

1. Der bisherige Rechtszustand im Common Law.

Im Common Law verringerte sich der Kaufpreisanspruch unter Umständen um die Versicherungssumme, die der Verkäufer für die untergegangenen Waren erhalten hatte. Mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen sich der Verkäufer die Versicherungssumme auf seinen Kaufpreisanspruch anrechnen las-

1. So N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 498; ebenso Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711,734 mit Fußn. 103. A.A.Nordstrom, S.414 f.; Peters, Yale L.J.73 (1963), 199, 247.
2. Siehe N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 499; Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (2), S.8-53 und S. 8-62; Hawkland, Transactional Guide, S.137; Latty, Bus.L.Rev. 1 (1954), 135,140; Ruprecht, RubelsZ 19 (1954), 427, 440.
3. Siehe Anderson, § 2-510 UCC Anm. 3; Williston on Contracts, Bd.8, § 967 A, S. 479. Vgl. auch Peters, S. 180.
4. Siehe Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (2), S. 8-59; Hawkland, Sales, S.92 f.; UCC Handbook, S.63; Latty, L. & Contemp.Prob.16 (1951), 3,16.

sen mußte, befaßten sich die beiden folgenden Entscheidungen¹⁾:

Im Fall Martineau v. Kitching²⁾ hatten die Verkäufer ihre Lagerbestände gegen Feuer versichert. Die Versicherungspolice deckte auch Waren, die bereits verkauft und bezahlt, aber noch nicht abgeholt worden waren. Der Zucker, den der Käufer bezahlt, aber noch nicht abgeholt hatte, wurde vom Feuer vernichtet. Die Verkäufer hatten sich gegenüber dem Käufer nicht verpflichtet, dessen Zucker zu versichern. Die Versicherungssumme, die an die Verkäufer ausgezahlt wurde, reichte nicht aus, den Verlust zu decken, der den Verkäufern an ihren eigenen Waren entstanden war. Die Verkäufer verklagten den Käufer auf Zahlung des vollen Kaufpreises für den untergegangenen Zucker. Das Gericht sprach den Verkäufern den vollen Kaufpreis zu und verneinte, daß dem Käufer ein proportionaler Anteil an der Versicherungssumme zustehe³⁾. Die Verkäufer hätten die Versicherung ausschließlich zu ihrem eigenen Schutz und nicht zugunsten des Käufers abgeschlossen. Das sei dem Käufer auch bekannt gewesen. Die Verkäufer seien berechtigt, die Versicherungssumme erst einmal zur Deckung ihres eigenen Verlusts zu verwenden. Dazu reiche die Summe aber bereits nicht aus.

In der Entscheidung Central Lith. & Eng. Co. v. Moore⁴⁾ versicherte der Hersteller die Gravierungen, die er für den Auftraggeber zur Abholung bereithielt. Die Gravierungen wurden beim Hersteller durch ein Feuer vernichtet. Die an den Hersteller ausgezahlte Versicherungssumme deckte nur einen Teil des Verlustes. Der Hersteller verklagte den Auftraggeber auf die nicht gedeckte Differenz. Das Gericht entschied, der Hersteller müsse sich auf seinen Ersatzanspruch gegen den Auftraggeber die ausgezahlte Versicherungssumme anrechnen lassen. Der Hersteller habe die Gravierungen nicht nur zu seinen Gunsten, sondern auch im Interesse des Auftraggebers versichert⁵⁾.

1. Siehe auch N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S.499 Fußn.280 mit weiteren Entscheidungsnachweisen; ferner Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (2), S. 8-62 Fußn. 45 (Entscheidungsnachweise).
2. L.R. 7 Q.B. 436 (1872); vgl. schon oben S. 60 f.
3. L.R. 7 Q.B. 436,460 (1872) (Lush,J.) (concurring opinion).
4. 75 Wis. 170, 43 N.W. 1124 (1889); vgl. schon oben S. 62.
5. 75 Wis. 170, 178, 43 N.W. 1124, 1127 (1889).

Wie die beiden Entscheidungen zeigen, richtete es sich im Common Law nach dem zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen, ob sich der Verkäufer die Versicherungssumme auf seinen Kaufpreisanspruch anrechnen oder nicht anrechnen lassen mußte: In Martineau hatten die Verkäufer mit dem Käufer keinerlei vertragliche Vereinbarung dahin getroffen, daß die von den Verkäufern abgeschlossene Versicherung auch dem Käufer zugute kommen sollte. Daher brauchten sich die Verkäufer auch keinen proportionalen Anteil an der Versicherungssumme auf ihren Kaufpreisanspruch gegen den Käufer anrechnen zu lassen. In Central Lith. & Eng. Co.¹⁾ hingegen hatte der Hersteller die Gravierungen nicht nur zu seinen, sondern auch zu Gunsten des Auftraggebers versichert. Deswegen mußte sich der Hersteller die Versicherungssumme auf seinen Anspruch gegen den Auftraggeber anrechnen lassen.

2. Das Common Law im Vergleich zur jetzigen Regelung.

Der Käufer, der im Common Law die Gefahr trug, wurde nicht dadurch von der Gefahrtragung befreit, daß der Verkäufer die Waren versicherte. Nur wenn der Verkäufer die Versicherung auch zugunsten des Käufers abgeschlossen hatte, mußte sich der Verkäufer allerdings die ausgezahlte Versicherungssumme auf seinen Kaufpreisanspruch gegen den Käufer anrechnen lassen²⁾.

Demgegenüber trägt der Käufer nach § 2-510 (3) UCC nur insoweit die Gefahr, als der Verkäufer nicht versichert ist. Die Versicherung der Waren durch den Verkäufer bewirkt, daß der Käufer nach § 2-510 (3) UCC insoweit von der Gefahrtragung frei wird³⁾. Das bedeutet, soweit der Verkäufer versichert ist, trägt er trotz des Vertragsbruchs des Käufers nach § 2-510

1. 75 Wis. 170, 178, 43 N.W. 1124, 1127 (1889): "He (the defendant) would have lost them (the engravings) altogether had not the plaintiff insured them for their mutual benefit." (Zusätze in Klammern und Unterstreichung vom Verfasser).
2. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 9.07 (1), S. 9-41.
3. Siehe King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 273: "... in the event of breach, insured loss falls on the insurance company involved, without right of subrogation and uninsured loss falls on the breaching party." Kritisch dazu N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1956, S. 387.

(3) UCC die Gefahr¹⁾.

3. Der Deckungsumfang der Versicherung.

Hat der Verkäufer keine Versicherung abgeschlossen oder deckt die Versicherungspolice nicht den Schadensfall, dann trägt der Käufer nach § 2-510 (3) UCC die Gefahr in vollem Umfang. In der Entscheidung Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc.²⁾ hatte der Verkäufer zwar eine Feuerversicherung abgeschlossen. Die Versicherungspolice deckte jedoch nicht den Schadensfall. Das Berufungsgericht entschied, der Käufer trage nach § 2-510 (3) UCC in vollem Umfang die Gefahr.

Deckt die Versicherung den Verlust in vollem Umfang, dann trägt nicht der Käufer, sondern der Verkäufer nach § 2-510 (3) UCC die Gefahr. Bei nur teilweiser Deckung trägt der Käufer die Gefahr im Umfang der fehlenden Deckung³⁾. Soweit die Versicherungssumme den Verlust deckt, lastet die Gefahr nach § 2-510 (3) UCC auf dem Verkäufer⁴⁾.

Daß der Verkäufer gegen den Untergang versichert ist, genügt allein noch nicht, um den Käufer von der Gefahrtragung nach § 2-510 (3) UCC zu befreien. Der Versicherungsschutz muß auch wirksam sein (effective insurance coverage). Ist der Versicherer insolvent, so kann der versicherte Verkäufer seinen Anspruch auf die Versicherungssumme nicht realisieren⁵⁾.

1. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 142: "The new rules ... are not to be thought of as merely imposing upon the party with the risk of loss the duty to resort first to his own insurance... If this were the case, the insurer could subrogate to the aggrieved party's (the seller's) position and collect damages from the other (the buyer) for breach of the sales contract. ... To the extent that insurance is available, the risk of loss remains with the aggrieved party (the seller)..., even though there has been a breach. Subrogation is not possible in this situation, because the risk of loss is on the aggrieved party (the seller), and he (the seller) has no rights against the breaching party (the buyer) to which the insurer could subrogate." (Zusätze in Klammern und Unterstreichungen vom Verfasser).

Siehe ferner Corman, Rutgers L.Rev. 17 (1962), 14, 42.

2. 166 Conn. 280, 283, 348 A. 2d 618, 620 (1974); siehe schon oben S. 117 ff.

3. Siehe Portal Galleries v. Tomar Prods., 60 Misc. 2d 523, 525, 302 N.Y.S. 2d 871, 873 (Sup.Ct. 1969); dazu vgl. King, Com. L.J. 77 (1972), 272, 278 f.

4. Vgl. das Beispiel bei White und Summers, S. 159 f.

5. Siehe Official Comment, § 2-510 UCC Anm. 3.

In diesem Fall trägt der Käufer nach § 2-510 (3) UCC in vollem Umfang die Gefahr¹⁾.

4. Das Recht des Versicherers zur "subrogation".

Wenn der Versicherer die Versicherungssumme an den Verkäufer ausgezahlt hat, stellt sich die Frage nach der "subrogation". Darunter ist das Recht des Versicherers zu verstehen, in die Rechtsstellung des versicherten Verkäufers einzurücken und dessen Ersatzanspruch gegen den Käufer geltend zu machen²⁾. Das Recht zur "subrogation" entspringt der equity³⁾ und bedarf keiner Vereinbarung im Versicherungsvertrag mit dem Verkäufer. Der Versicherer ist unter drei Voraussetzungen zur "subrogation" berechtigt⁴⁾: Er muß die Versicherungssumme an den versicherten Verkäufer ausgezahlt haben. Der versicherte Verkäufer muß gegen den Käufer einen Ersatzanspruch haben. Der Ersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer muß im Zusammenhang mit dem versicherten Schadensfall stehen.

Im Rahmen von § 2-510 (3) UCC fehlt es an der zweiten Voraussetzung der "subrogation". Es ist das erklärte Ziel des § 2-510 (3) UCC zu verhindern, daß der Versicherer unter Berufung auf die "subrogation" gegen den Käufer vorgehen kann⁵⁾. Nach § 2-510 (3) UCC hat der Verkäufer gegen den Käufer nur insoweit einen Anspruch, als der Verlust durch die Versicherungssumme nicht gedeckt wird. Soweit der Verkäufer über wirksame Deckung verfügt, trägt er selbst nach § 2-510 (3) UCC die Gefahr. Daher hat der versicherte Verkäufer gegen den Käufer keinen Ersatzanspruch, den der Versicherer im Wege der "subrogation" geltend machen könnte⁶⁾.

1. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 141 f.; Nordstrom, S. 416.
2. Der "subrogation" im amerikanischen Recht entspricht im deutschen Recht die "cessio legis" nach § 67 Versicherungsvertragsgesetz.
3. Siehe White und Summers, S. 150 Fußn. 33 (Entscheidungsnachweise).
4. Siehe White und Summers, S. 150.
5. So der Official Comment, § 2-510 UCC Anm. 3. Siehe auch Schmitthoff in: Honnold, Unification of the Law, 1966, 169, 180; Trumbull, De Paul L.Rev. 8 (1958), 1, 5.
6. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (2), S. 8-62; N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 499; White und Summers, S. 158 f.; King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 274 f. Siehe auch Weems, La.L.Rev. 27 (1967), 299, 309.

Eine Vereinbarung im Versicherungsvertrag mit dem Verkäufer, daß der Versicherer zur "subrogation" berechtigt sein soll, verstößt gegen § 2-510 (3) UCC¹⁾. Die Vorschrift enthält zwingendes Recht und kann nicht durch entsprechende Klauseln²⁾ im Versicherungsvertrag abbedungen werden.

5. Die Verteilung des Risikos.

§ 2-510 (3) UCC bezieht die Versicherung der Waren in die Gefahrtragung ein. Fraglich ist, welche Konsequenzen sich daraus für die wirtschaftliche³⁾ und endgültige Verteilung des durch den Untergang hervorgerufenen Verlusts ergeben. Der Versicherer kompensiert den Verlust, indem er an den versicherten Verkäufer die Versicherungssumme auszahlt. Dadurch wird der Verlust auf den Versicherer verlagert⁴⁾. Der Versicherer verteilt den Verlust auf die Versicherungsnehmer, die durch ihre Versicherungsprämie anteilig für den Verlust aufkommen⁵⁾. Der Versicherungsnehmer wird durch die Versicherungsprämie erheblich geringer belastet, als ihn als einzelnen der Untergang der Waren treffen würde. Allerdings wird die Prämie mit regelmäßiger Wiederkehr fällig, während der Untergang der Waren den einzelnen Versicherungsnehmer nur mit geringer Wahrscheinlichkeit trifft⁶⁾. Die Kosten der Versicherungsprämie kann der Verkäufer bei der Preisgestaltung der Waren berücksichtigen. Über den Kaufpreis kann er die Prämienkosten dem Käufer auferlegen⁷⁾. Dadurch zahlt der Käufer über den Kaufpreis die Versicherungsprämie für die Waren. Da der Käufer indirekt die Versicherungsprämie finanziert, ist es konsequent, daß § 2-510 (3) UCC den Käufer insoweit von der Gefahrtragung befreit, als der Verkäufer wirksam versichert ist⁸⁾. Die Versicherungssumme, die an

1. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 142; Corman, Rutgers L.Rev. 17 (1962), 14,43; King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 279.

2. Siehe die Beispiele bei White und Summers, S.150 Fußn. 34, S.157 und 159.

3. Zur Methode wirtschaftlicher Analyse rechtlicher Probleme (economic analysis of law) siehe Posner, S. 3 ff.

4. Siehe White und Summers, S. 138.

5. Siehe McCoid, Ind.L.J. 39 (1964), 647, 665.

6. Siehe Posner, S. 75 f.

7. Siehe King, Com.L.J. 77 (1972), 272, 278.

8. Siehe McCoid, Ind.L.J. 39 (1964), 647, 671.

den Verkäufer ausgezahlt wird, kommt somit nach § 2-510 (3) UCC dem Käufer unmittelbar zugute, da der Käufer insoweit von der Gefahrtragung frei wird.

§ 2-510 (3) UCC verhindert, daß der Versicherer im Wege der "subrogation" gegen den Käufer vorgehen kann. Andernfalls müßte der Käufer *a l l e i n* für den Verlust aufkommen, für den ihn der Versicherer im Wege der "subrogation" in Anspruch nähme¹⁾. Ein solches Ergebnis stünde im Widerspruch dazu, daß der Käufer mittelbar über den Kaufpreis die Versicherungsprämie finanziert. Daher muß der Käufer auch an der durch die Versicherung bewirkten *R i s i k o v e r t e i l u n g* partizipieren.

1. Ob das Recht zur "subrogation" eine Prämiensenkung zur Folge hätte, ist zweifelhaft. Siehe dazu White und Summers, S. 153 f. mit Fußn. 41; King, Com. L.J. 77 (1972), 272, 277 mit Fußn. 57 ff. und S. 279 mit Fußn. 59 f. Zweifelnd auch Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 9.07 (1), S. 9-41.

V I E R T E R T E I L .

DIE GEFAHRTRAGUNG IM EINHEITLICHEN KAUFGESETZ.

ERSTER ABSCHNITT.

DER BEGRIFF DER GEFAHRTRAGUNG:

ART. 96 EKG (Wirkung des Gefahrübergangs).

Art. 96 EKG (Wirkung des Gefahrübergangs) beruht auf dem Grundsatz, daß der Verkäufer so lange die Gefahr trägt, also keinen Kaufpreis bekommt, bis er die L i e f e r u n g erbracht hat¹⁾. Der Begriff der Lieferung ist an kein juristisches System gebunden²⁾; er ist daher frei von den nationalen Verschiedenheiten des Eigentumsübergangs und des Besitzerwerbs an den Waren. Der Gefahrübergang auf den Käufer nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) fällt mit der Lieferung zusammen³⁾. Dabei muß der Verkäufer die Lieferung nach den Bedingungen des Vertrages und gemäß den Art. 19 ff. EKG (Lieferung der Sache) bewirken. Art. 96 EKG spricht aus, welche Rechtsfolge sich an den Gefahrübergang auf den Käufer knüpft⁴⁾: Wenn die Sache nach dem Gefahrübergang untergeht oder sich verschlechtert, dann bleibt der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises nach Art. 56 EKG verpflichtet⁵⁾. Das Einheitliche Kaufgesetz verwendet den Begriff der Gefahr im Sinne von Preisgefahr⁶⁾. Der Begriff erfaßt den zufälligen Untergang bzw. die zufällige Verschlechterung der Kaufsache. Dazu gehören auch der unwiederbringliche Verlust durch Diebstahl, der Eingriff von hoher Hand und die Gefahr der Transportverzögerung beim Ver-

1. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 96 EKG Rdnr. 1.
2. So Vathis, S. 77; vgl. unten S. 143 ff.
3. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 97 EKG Rdnr. 2.
4. Siehe Mertens/Rehbinder, Art. 96 EKG Rdnr. 2. Vgl. Art. 64 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.
5. Zur Erfüllungsklage des Verkäufers nach Art. 61 I EKG siehe Hager, S. 192 ff.
6. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 96 EKG Rdnr. 1; Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131 f.; Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S. 955, 957; Schmitthoff in: Honnold, Unification of the Law, 1966, S. 169, 171; Stötter, Art. 96 EKG Anm. 2; Vathis, S. 73 insbes. Fußn. 212.

sendungskauf¹⁾. Die Gefahrtragungsvorschriften der Art. 96 ff. EKG sind nach Art. 3 EKG (Ausschluß des Gesetzes durch Parteivereinbarung) abdingbar²⁾. Eine abweichende Gefahrtragungsvereinbarung muß eindeutig zum Ausdruck gebracht werden³⁾.

A. "LE FAIT DU VENDEUR".

Der Untergang oder die Verschlechterung dürfen nach Art. 96, 2. Halbs. EKG (Wirkung des Gefahrübergangs) nicht auf einem Verhalten des Verkäufers oder seiner Hilfspersonen⁴⁾ beruhen⁵⁾. Wenn der Verkäufer nach dem Gefahrübergang auf den Käufer den Untergang zurechenbar verursacht hat, dann treten die Folgen des Gefahrübergangs (Art. 96 EKG) nicht ein⁶⁾. Vielmehr kommt dann die vertragliche Haftung des Verkäufers zum Tragen. Im französischen Gesetzestext des Art. 96, 2. Halbs. EKG findet sich der Ausdruck "fait", der mit "Verhalten" ins Deutsche übersetzt worden ist. Die Bedeutung des Begriffs "fait" ist im französischen Recht umstritten. Daher vermag das französische Recht bei der Auslegung des "fait" keine Hilfe zu leisten⁷⁾. Der Entstehung des Art. 96, 2. Halbs. EKG läßt sich jedoch entnehmen, daß der Begriff "fait" kein Verschulden (faute) des Verkäufers voraussetzt⁸⁾. Vielmehr ist unter "fait" die freie

1. Zum Umfang des Gefahrbegriffs siehe Dölle/Neumayer, Art.96 EKG Rdnrn. 2 f.; Vathis, S.73 ff. Siehe auch Mertens/Rehbinder, Art.96. EKG Rdnr.5; Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.74. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd.2, S. 304.
2. Siehe Dölle/Neumayer, Art.96 EKG Rdnr.9; Mertens/Rehbinder, Art.97 EKG Rdnrn. 9 ff. Vgl. den Kommentar zum UNCITRAL-Entwurf von 1976, Art.64 Anm. 3.
3. Siehe Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S.131,133; Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art.101; Stötter, Art.101 EKG Anm.2; Vathis, S. 72 insbes. Fußn. 209.
4. Zum Begriff der Hilfsperson siehe Dölle/Neumayer, Art.96 EKG Rdnr.8; Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S.955,966 ff. Siehe auch Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 96.
5. Siehe Stötter, Art.96 EKG Anm.3; Vathis, S.73 insbes. Fußn. 211; Riese, RabelsZ 29 (1965), 1, 92.
6. Vgl. auch unten S. 142.
7. So Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S.955,964 ff. Zum Begriff des "fait" siehe schon Rabel, RheinZ 1 (1909), 187 ff.; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd.1, hrsg.von Leser, 1965, S. 103 ff. und in: Rabel, Warenkauf, Bd. 1, S. 222.
8. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 96 EKG Rdnr. 4.

und zurechenbare Handlung des Verkäufers zu verstehen. Nach Art. 96, 2. Halbs. EKG soll sich der Verkäufer jeder Einwirkung auf die Kaufsache enthalten, die geeignet ist, die Gefahr zu erhöhen¹⁾. Das gilt insbesondere, wenn er die Ware schon zur Lieferung bereitgestellt hat.

Diesem Verständnis vom "fait du vendeur" entspricht im deutschen Recht die moderne Lehre zu § 350 BGB, die durch eine Erweiterung des Verschuldensbegriffs in § 351 BGB den Anwendungsbereich des § 350 BGB stark eingengt hat²⁾. § 351 BGB hat zunächst durch den Gedanken eines Verschuldens gegen sich selbst³⁾ bis hin zum Verschulden als einem freien, als "Handlung" zurechenbaren Tun⁴⁾ eine zunehmende Ausweitung erfahren. Dies hat schließlich zu einer Verteilung der typischen Risiken geführt, bei der die Einstandspflichten beider Vertragspartner auf jede freie Handlung ausgedehnt sind, durch die die Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 351 BGB) verursacht worden ist⁵⁾.

B. DIE GRUNDREGELN DER GEFahrTRAGUNG IN ART. 74 UND 78 EKG.

Wenn der Verkäufer nicht zur vertragsgemäßen Leistung in der Lage ist, weil die Sache untergegangen oder beschädigt worden ist, dann wird er unter den Voraussetzungen des Art. 74 EKG (Befreiungen) von seiner Schadensersatzpflicht f r e i⁶⁾. Nach Art. 74 I EKG muß der Verkäufer beweisen, daß die Nichterfüllung auf Umständen beruht, für die er nach dem Vertrag, ---

1. So Dölle/Neumayer, Art. 96 EKG Rdnr. 5. Siehe auch Mertens/Rehbinder, Art. 96 EKG Rdnr. 4.
2. Zum "Restbereich des § 350 BGB" siehe Leser, Der Rücktritt, S. 204.
3. So die h.M.: Palandt/Heinrichs, § 351 BGB Anm. 2; von Staudinger/Kaduk, § 351 BGB Rdnr. 20.
4. So Larenz, Bd. 1, § 26 c, S. 334 m.w.Nachw. in Fußn. 2; in diesem Sinne auch für den Fall der Wandelung (§ 467 BGB) von Cammerer in: Festschrift für Larenz, 1973, S. 621, 632.
5. So Leser, Der Rücktritt, S. 201 f.
6. Siehe Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 74, die auf die Verwandtschaft des Art. 74 EKG mit den Grundsätzen des "fundamental breach" und der "frustration of contracts" im englischen Recht hinweisen.

dem empirischen Parteiwillen und den Grundsätzen vernünftiger Risikoverteilung nicht einzustehen hat¹⁾. Somit trägt nach Art. 74 I EKG der Käufer die Leistungsgefahr. Die Preisgefahr hingegen hat grundsätzlich der Verkäufer zu tragen²⁾: Denn nach Art. 74 III EKG schließt die Befreiung des Verkäufers (Art. 74 I EKG) nicht das Recht des Käufers aus, die Aufhebung des Vertrages zu erklären und sich dadurch nach Art. 78 I EKG (Wirkung der Vertragsaufhebung) von der Verpflichtung zur Gegenleistung zu befreien. Diese Gefahrverteilung entspricht dem § 323 BGB.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß der Verkäufer die Preisgefahr zu tragen hat, macht Art. 74 III Nachsatz EKG³⁾, der dem § 324 I BGB entspricht. Danach bleibt der Anspruch des von der Schadensersatzhaftung befreiten (Art. 74 I EKG) Verkäufers auf die Gegenleistung bestehen, wenn die befreienden Umstände durch den Käufer zurechenbar verursacht worden sind. In diesem Fall kann der Käufer den Vertrag nicht aufheben (Art. 74 III Nachsatz EKG), und er wird infolgedessen auch nicht nach Art. 78 I EKG von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung frei.

Im Verhältnis zu den vorgenannten Grundsätzen sind die Art. 96 ff. EKG (Übergang der Gefahr) Spezialvorschriften zur Preisgefahr, wie das im deutschen Recht bei den §§ 446, 447 BGB im Verhältnis zu § 323 BGB der Fall ist. In Abweichung von dem obigen Grundsatz, daß der Verkäufer bis zur Erfüllung seiner Leistungspflicht aus Art. 18 EKG (Pflichten des Verkäufers) die Preisgefahr trägt, geht die Preisgefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) bereits mit der Lieferung (Art. 19 EKG) auf den Käufer über. Von diesem Zeitpunkt an, d.h. mit erfolgter Lieferung, bleibt der Käufer nach Art. 96 EKG (Wirkung des Gefahrübergangs) zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, wenn die Sache nunmehr untergeht oder sich verschlechtert. Das gilt allerdings nur, wenn der Ver-

1. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.70; Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art.74; Larenz, Bd.2, § 45 a II a, S.139; Mertens/Rehbinder, Art.74 EKG Rdrrn. 8 ff.; Stötter, Art.74 EKG Anm. 3 f.
2. So Mertens/Rehbinder, Art. 96 EKG Rdnr. 3. Siehe auch Dölle/Stoll, Art. 74 EKG Rdnr. 21; Leser in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 1, 4.
3. Siehe dazu die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.71; Mertens/Rehbinder, Art.74 EKG Rdrrn. 33 f. und Art. 96 EKG Rdnr. 3 am Ende; Stötter, Art. 74 EKG Anm. 7; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S. 110 f.

käufer den Untergang nicht zu vertreten hat, wenn also kein "fait du vendeur"¹⁾ im Sinne des Art. 96, 2. Halbs. EKG vorliegt. Andernfalls, wenn also der Verkäufer den Untergang zurechenbar verursacht hat, tritt die Wirkung des Gefahrübergangs (Art. 96 EKG) nicht ein; vielmehr **h a f t e t** dann der Verkäufer wegen seiner **V e r t r a g s v e r l e t z u n g**. Die Wirkung des Gefahrübergangs (Art. 96 EKG) tritt also nur ein, wenn der Verkäufer den Untergang nicht zu vertreten hat; das bedeutet zugleich, daß der Verkäufer nach Art. 74 I EKG von seiner Leistungspflicht frei ge- worden sein muß²⁾. Denn wenn der Verkäufer für den Untergang einzustehen hat, also nicht nach Art. 74 I EKG frei geworden ist, dann kann der Verkäufer infolge seines "fait du vendeur" nach Art. 96, 2. Halbs. EKG auch nicht den Kaufpreis verlangen.

ZWEITER ABSCHNITT.

DER GEFAHRÜBERGANG BEI LIEFERUNG OHNE VERZÖGERUNG.

A. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM SPEZIESKAUF.

1. Die Lieferung als Gefahrtragungskonzept.

Der Gefahrübergang nach den Art. 96 ff. EKG vollzieht sich unabhängig von der Eigentumsübertragung³⁾. Darin gleicht das Einheitliche Kaufgesetz dem Uniform Commercial Code, der die Gefahrtragung ebenfalls unabhängig vom Eigentum regelt. Für das nordamerikanische Recht bedeutete dies eine tiefgreifende Neuerung, da die Gefahrtragung im Common Law und nach § 22 USA dem Eigentum gefolgt war⁴⁾. Grund für diese Neuerung im nordamerikanischen Recht war die Erkenntnis, daß die Gefahrtragung ein selbständiges juristi-

1. Vgl. oben S. 140.

2. So Mertens/Rehbinder, Art. 96 EKG Rdnr. 4.

3. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.74; Döhlle/Neumayer, Art. 97 EKG Rdnr. 1; Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 96; Mertens/Rehbinder, Art. 97 EKG Rdnr.3; Stötter, Art.96 EKG Anm.4 und Art.97 EKG Anm.2; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S.116. Vgl.Rabel, Warenkauf, Bd.2, S.293 ff., der sich für die Trennung von Eigentums- und Gefahrübergang ausgesprochen hat.

4. Siehe oben S. 49 f.

ches Problem darstellte, das demzufolge auch einer *e i g e n s t ä n - d i g e n* Lösung bedurfte, die sich an den Gegebenheiten des Kaufvertrages (contractual approach) zu orientieren hatte¹⁾. Bei der Entstehung des Einheitlichen Kaufgesetzes sprachen pragmatische Gründe dafür, den Gefahrübergang losgelöst vom Eigentum zu regeln: Eine Bindung der Gefahrtragung an die Übereignung hätte zunächst einmal eine *V e r e i n - h e i t l i c h u n g* des Eigentumsübergangs erforderlich gemacht. Das Einheitliche Kaufgesetz hat auf eine Regelung des Eigentumsübergangs verzichtet, da die nationalen Rechtsordnungen in dieser Frage zu stark divergieren, als daß sie einen Kompromiß zuließen²⁾. In den nationalen Rechtsordnungen geht das Eigentum zu verschiedenen Zeitpunkten über, sei es mit dem Abschluß des Kaufvertrages oder erst mit der Übergabe der Waren³⁾.

Die Trennung von Eigentum und Gefahrtragung trägt dem Umstand Rechnung, daß beide Institutionen im Handel verschiedene Funktionen erfüllen: Das Eigentum dient primär der Gläubigersicherung, woraus sich für den Eigentümer die Möglichkeit der Kreditschöpfung ergibt. Demgegenüber bezieht sich die Gefahr ausschließlich auf das Verhältnis von Verkäufer und Käufer und betrifft nicht den kreditgebenden Gläubiger.

Nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) geht die Gefahr mit der L i e f e r u n g (Art. 19 EKG) auf den Käufer über⁴⁾. Die Lieferung ist nach Art. 18 EKG Hauptpflicht des Verkäufers. Mit der Erfüllung dieser Pflicht verläßt die Ware den Herrschaftsbereich des Verkäufers. Bei der Hol- und Bringschuld geht die Ware mit der Lieferung (Art. 19 I EKG) in den Bereich des Käufers über. Beim Versandungskauf (Art. 19 II EKG) wird sie zu ihm auf den Weg gebracht. Daraus rechtfertigt sich der Gefahrübergang bereits in diesem Moment⁵⁾. Diejenige Partei trägt die Ge-

1. Siehe oben S. 92 ff.
2. So Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 132.
3. Siehe Vathis, S. 76.
4. Darin sieht Poroy, S.122, "un réel progrès". Ebenso Vathis, S.77. A.A. Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S.955,959. Vgl. auch Bagge in: Etudes de droit civil, 1939, S. 45, 48 ff.
5. Siehe Mertens/Rehbinder, Art. 97 EKG Rdnr. 3.

fahr, in deren Herrschaftsbereich sich die Ware befindet. Diese Partei kann für präventive Schutzmaßnahmen und die Versicherung der Waren sorgen¹⁾.

1. Der Begriff der Lieferung.

Daß die Lieferung am rechten Ort und zur rechten Zeit erfolgt, ist zwar nicht Begriffsinhalt der Lieferung im Sinne des Art. 19 I EKG, wohl aber Voraussetzung für den Gefahrübergang nach Art. 97 I EKG²⁾. Der Lieferbegriff in Art. 19 I EKG setzt voraus, daß die Sache verfügbar ist³⁾. Bei Sach- und Rechtsmängeln fehlt es daran; daher geht dann die Gefahr auch nicht nach Art. 97 I EKG mit der "Lieferung" (einer vertragsgemäßen Sache) über. Jedoch vollzieht sich bei einer nicht vertragskonformen Sache der Gefahrübergang nach Art. 97 II EKG (Gefahrtragung bei vertragswidriger Sache) mit der Aushändigung⁴⁾. Selbst wenn die Aushändigung einer vertragswidrigen Sache eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt, soll die Gefahr nur dann nicht den Käufer treffen, wenn dieser die Auflösung des Vertrages erklärt oder Ersatzlieferung begehrt (Art. 97 II EKG).

Art. 19 EKG umschreibt, wie die Lieferung bewirkt wird, ohne den Lieferbegriff⁵⁾ zu definieren. Ebenso wenig enthält § 17 des skandinavischen Kaufgesetzes, das hier dem Einheitlichen Kaufgesetz als Vorbild diente⁶⁾, eine

1. So Vathis, S.77 Fußn.228 m.w.Nachw. Siehe auch Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S.131, 132 f.
2. Siehe Dölle/Neumayer, Art.97 EKG Rdrrn. 5ff.; Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S.131,136; Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art.97; Mertens/Rehbinder, Art.97 EKG Rdrrn.4, 20 ff.; Stötter, Art.97 EKG Anm.2; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S.116 f.
3. Siehe Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S. 59.
4. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.74 f.; Dölle/Neumayer, Art. 97 EKG Rdrrn.25 ff.; Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131,136 ff.; Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art.97; Mertens/Rehbinder, Art.97 EKG Rdrrn.9 ff.; Stötter, Art. 97 EKG Anm. 3; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S.117 f.; Vathis,S.104 ff. Vgl. Art.67 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976; dazu Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S. 955, 959 ff.
5. Für einen einheitlichen Lieferbegriff in Art. 19 und Art. 97 I EKG Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdrr.3; an der Einheitlichkeit zweifeln Dölle/Neumayer, Art. 97 EKG Rdrr. 4.
6. Siehe Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdrr. 12 f.; siehe auch Eisser, S. 8.

Definition der "Lieferung". Die Auslegung des Begriffs "Lieferung" im skandinavischen Kaufgesetz ergibt, daß darunter die Handlung des Verkäufers zu verstehen ist, mit der er die Ware aus seinem Besitz ausscheidet und in die Gewalt des Käufers übergehen läßt¹⁾. Dieser Lieferbegriff weist eine Parallele zur Konzentration beim Gattungskauf im deutschen Recht nach § 243 II BGB auf²⁾. In beiden Fällen muß der Verkäufer das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan haben³⁾. Ebenso wie bei der Konkretisierung nach § 243 II BGB umstritten ist, ob es sich um einen einseitigen Akt des Verkäufers oder um einen zweiseitigen Vorgang handelt⁴⁾, stellt sich diese Frage beim Gefahrübergang mit der Lieferung nach Art. 97 I EKG⁵⁾. Während zunächst der 1935er Gesetzentwurf die Lieferung als einseitigen Akt des Verkäufers vorsah⁶⁾, entschieden sich die Verfasser des Einheitlichen Kaufgesetzes später⁷⁾ für den zweiseitigen Lieferbegriff⁸⁾.

1. So Almén, Bd.1, S.104. Siehe auch Eisser, S.8 mit Fußn. 5.
2. Siehe Rabel, Warenkauf, Bd.1, S. 317.
3. Siehe Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnrn.14 f.; Dölle/Neumayer, Art.97 EKG Rdnr.3; Rabel, Warenkauf, Bd.1, S.320; derselbe, RabelsZ 17 (1952), 212,217; auch abgedruckt in: Warenkauf, Bd.2, S.359,365.
4. Siehe oben S. 16 ff.
5. Siehe Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr. 16.
6. So Rabel, RabelsZ 9 (1935), 1, 56 ff.; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd.3, hrsg.von Leser, 1967, S.522,561 ff. Siehe auch Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnr. 16; Poroy, S. 123; Vathis, S. 77 f. Vgl. Lagergren, S.44, der die Lieferung im skandinavischen Kaufgesetz als einseitige Leistung (unilateral performance) des Verkäufers versteht.
7. Siehe Acte final in: UNIDROIT, Bd. 3, 1954, S. 286: "Certains délégués ont suggéré que le mot 'delivrance' désignât un acte bilatéral supposant l'intervention des deux parties au contrat." Siehe auch Vathis, S. 79 insbes. Fußn. 239 m.w.Nachw.; Riese, RabelsZ 22 (1957), 16, 42 ff. insbes. S. 44 mit Fußn. 64, S. 110 f.
8. Zweiseitigkeit bejahen auch Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr. 18; Mertens/Rehbinder, Art. 19 EKG Rdnr. 7 und Art. 65 EKG Rdnr. 4. Vermittelt Vathis, S. 79: Die Lieferung sei nicht stets ein zweiseitiger Akt. Einen einseitigen Lieferbegriff vertreten Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 134; Stötker, Art. 18 EKG Anm. 4.

2. Die Lieferung bei der Hol- und Bringschuld.

Bei der Hol- und Bringschuld geht die Gefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) mit der Lieferung (Art. 19 I EKG) auf den Käufer über¹⁾. Nach Art. 19 I EKG wird die Lieferung mit der Aushändigung der vertragsgemäßen Ware an den Käufer bewirkt. Versteht man die Lieferung als einseitigen Akt, so hat der Verkäufer bei der Holschuld das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Ware ausgesondert, bereitgestellt und den Käufer benachrichtigt hat²⁾. Hingegen setzt die Lieferung im Sinne eines zweiseitigen Vorgangs voraus, daß der Verkäufer die Ware am Ort seiner Niederlassung (Art. 23 I EKG) dem Käufer tatsächlich ausgehändigt hat. Erst dann ist im Sinne von Art. 19 I EKG geliefert³⁾, und die Gefahr kann nach Art. 97 I EKG auf den Käufer übergehen⁴⁾. Bei der Bringschuld ist geliefert (Art. 19 I EKG), wenn die Sache am Bestimmungsort dem Käufer ausgehändigt wird⁵⁾. Art. 19 II EKG findet auf die Bringschuld keine Anwendung.

3. Die Lieferung beim Versendungskauf.

Beim Versendungskauf geht die Gefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) mit der Lieferung (Art. 19 II EKG) auf den Käufer über⁶⁾.

1. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 97 EKG Rdnr. 13; Vathis, S.80. Siehe auch Larenz, Bd.2, § 45 a II b, S.141. Vgl. Art.66 I des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.
2. Siehe Rabel, RabelsZ 17 (1952), 212,219; auch abgedruckt in: Warenkauf, Bd.2, S.367. Siehe auch Leser, AcP 157 (1959), 528,531; Riese in: Festschrift für Lewald, 1953, S.561,568 f.
3. Siehe Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnrn.36 ff. Siehe auch Mertens/Rehbinde, Art.19 EKG Rdnr. 7.
4. So Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnr.18. Vgl. Rabel, RabelsZ 17 (1952), 212, 218 mit Fußn.1; auch abgedruckt in: Warenkauf, Bd.2, S.366 f. mit Fußn. 13: Rabel untersucht, ob die Lieferungstheorie, die von von Caemmerer, JZ 1951, 740,743 ff. zu § 243 II BGB vertreten wird, auf den Lieferbegriff im EKG anzuwenden ist. Dazu auch Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131,134; Leser, AcP 157 (1959), 528,531.
5. Siehe Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnrn. 63 ff. Siehe auch die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.59; Stötter, Art.19 EKG Anm. 7.
6. Siehe Dölle/Neumayer, Art.97 EKG Rdnrn.14 ff.; Vathis, S.83 ff. Vgl. Art. 65 I des UNCITRAL-Entwurfes von 1976.

Eine Lieferung im Sinne von Art. 19 II EKG liegt vor¹⁾, wenn der Verkäufer die Ware am Lieferort²⁾ dem Beförderer ausgehändigt hat. In einer Entscheidung des LG Hamburg³⁾ hatten der deutsche Verkäufer und der italienische Käufer vereinbart, daß die Ware zur Bahnstation franko Ancona befördert werden sollte. Das LG entschied, der Verkäufer habe mit der Übergabe an den Beförderer geliefert (Art. 19 II EKG).

B. DIE GEFAHRTRAGUNG BEIM GATTUNGSKAUF.

I. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs.

Die Preisgefahr geht nicht nur beim Stückkauf, sondern auch beim Gattungskauf nach Art. 97 I EKG mit der Lieferung auf den Käufer über⁴⁾. Voraussetzung für den Gefahrübergang beim Gattungskauf ist, daß eine Konkretisierung stattgefunden hat. Zum einen bedarf es der Konkretisierung, damit die Leistungsgefahr auf den Gattungskäufer übergehen kann, da sich andernfalls das Problem der Preisgefahr gar nicht stellt. Zum anderen kann die Preisgefahr nicht schlechthin, sondern nur in Ansehung bestimmter Stücke auf den Käufer übergehen.

1. Die Konkretisierung bei der Hol- und Bringschuld.

Die Lieferung (Art. 19 I EKG) führt bei der Hol- und Bringschuld zur Konkretisierung. Diese tritt nicht schon dadurch ein, daß der Verkäufer die Sache aussondert, bereitstellt und den Gattungskäufer benachrichtigt⁵⁾. Vielmehr vollzieht sich die Konkretisierung als ein zweiseitiger Vorgang⁶⁾. Beim Gattungskauf bewirkt die Lieferung nicht nur die Konkretisierung, sondern sie führt auch zum Übergang der L e i s t u n g s g e f a h r auf den

1. Siehe Dölle/Huber, Art.19 Rdnrn.72 ff.; Mertens/Rehbinder, Art.19 EKG Rdnrn.8 ff.; Stötter, Art.19 EKG Anm.6. Siehe auch die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.59; Larenz, Bd.2, § 45 a II b, S.141; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S. 97.

2. Siehe Vathis, S. 84 f. insbes. Fußn. 261 f.

3. RIW/AWD 23 (1977), 424, 425.

4. So Mertens/Rehbinder, Art. 97 EKG Rdnr. 5.

5. So aber die frühen Gesetzesentwürfe; dazu siehe Rabel, RabelsZ 9 (1935), 339,359; auch abgedruckt in:Rabel,Gesammelte Aufsätze, Bd.3,hrsg.von Leser, 1967, S.522,607 f. So auch Poroy, S.124, der nach Art.19 des Entwurfs von 1939 für die Konkretisierung "des actes unilatéraux du vendeur" genügen ließe.

6. Siehe Dölle/Huber,Art.19 EKG Rdnr.134; ebenso Vathis, S.83. Zur Lieferung als einem zweiseitigen Vorgang vgl. auch oben S. 146 m.w.Nachw.in Fußn. 7 und 8.

Gattungskäufer. Das wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich geregelt, folgt aber aus Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung). Denn der Übergang der Preisgefahr nach Art. 97 I EKG schließt notwendig den Übergang der Leistungsgefahr ein¹⁾. Der Gattungskäufer, der die Preisgefahr trägt, muß den Kaufpreis für die untergegangene oder verschlechterte - konkretisierte - Sache zahlen. Das aber setzt voraus, daß der Gattungsverkäufer von seiner Beschaffungspflicht frei geworden ist (Art. 74 I EKG) und nicht mehr die L e i s t u n g sgefahr trägt. Denn die Frage, ob der Käufer den Kaufpreis zahlen muß, o h n e dafür vom Verkäufer ein Stück aus der Gattung zu erhalten, also die Frage nach der P r e i sgefahr, stellt sich erst dann, wenn der Käufer keinen Anspruch auf Beschaffung eines Ersatzstücks aus der Gattung mehr hat²⁾. Solange der Verkäufer dem Käufer zur Beschaffung aus der Gattung verpflichtet ist, stellt sich diese Frage n o c h nicht³⁾.

2. Die Konkretisierung beim Versendungskauf.

Beim Versendungskauf erfolgt die für den Gefahrübergang erforderliche Konkretisierung mit der Lieferung nach Art. 19 II EKG. Mit der Aushändigung an den Beförderer (Art. 19 II EKG) geht die Leistungsgefahr über. Zugleich vollzieht sich mit der Aushändigung an den Beförderer (Art. 19 II EKG) der Übergang der Preisgefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung). Das gilt jedoch nur, wenn der Verkäufer die ausgehändigte Sache dadurch, daß er sie markiert oder mit der Anschrift des Käufers versehen hat, d e u t l i c h zur Vertragserfüllung bestimmt hat⁴⁾.

F e h l t es an einer deutlichen Bestimmung der Sache zur Vertragserfüllung, dann muß der Verkäufer nach Art. 19 III EKG dem Gattungskäufer eine Anzeige über die Versendung zusenden⁵⁾. Die Preisgefahr geht in diesem Fall nicht erst mit der Absendung der Anzeige (Art. 19 III EKG), sondern bereits mit der Aushändigung der Sache a n d e n B e f ö r d e r e r über

1. So Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnrn. 128 und 130.

2. Siehe Dölle/Wahl, Art. 17 EKG Rdnr. 102.

3. Vgl. auch oben S. 14.

4. Siehe Vathis, S. 88.

5. Siehe Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnrn. 104 ff.

(Art. 97 I EKG)¹⁾. Daß die Preisgefahr nach Art. 100 EKG erst mit der Absendung der Anzeige übergeht, bildet die Ausnahme²⁾. Diese Ausnahme gilt dann, wenn der Verkäufer bei Absendung der Anzeige weiß oder hätte wissen müssen, daß die Sache nach der Aushändigung an den Beförderer untergegangen ist.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER: ART. 98 EKG.

Während ohne Vertragsstörung die Gefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) mit der Lieferung übergeht, regelt Art. 98 EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) den Fall, daß sich aufgrund einer Pflichtverletzung des Käufers die Lieferung verzögert. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs in Art. 98 EKG liegt vor dem der tatsächlichen Lieferung. Ohne Art. 98 EKG ginge die Gefahr nach Art. 97 I EKG erst mit der Lieferung über. Die Vorverlegung des Gefahrübergangs soll verhindern, daß der Käufer aus seiner Vertragsverletzung einen Vorteil zieht³⁾. Art. 98 I EKG regelt den Gefahrübergang beim Stückkauf, Art. 98 II, III EKG den Gefahrübergang beim Gat- tungskauf. Alle drei Absätze erfassen den gleichen Sachverhalt, nämlich daß sich die Lieferung verzögert, da der Käufer seine Pflicht verletzt⁴⁾. Die Verpflichtung des Käufers kann darin bestehen, daß er die Sache abholen, Zug um Zug bei ihrer Absendung zahlen, Transportfahrzeuge

1. So Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnrn. 114 f.; Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 133; Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 100; Mertens/Rehbinder, Art. 97 EKG Rdnr. 6; Stötter, Art. 100 EKG Anm. 2; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S. 119; Vathis, S. 90 f. A.A. Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S. 59; Dölle/Neumayer, Art. 100 EKG Rdnr. 18.
2. So Mertens/Rehbinder, Art. 100 EKG Rdnr. 2.
3. So Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG vor Rdnr. 1; ebenso Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 98; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S. 118. Siehe auch Mertens/Rehbinder, Art. 98 EKG Rdnr. 3.
4. Siehe Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S. 955, 983; ebenso Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 1.

oder -benötigt bereitstellen oder einfach die Sache abnehmen muß¹⁾.

A. DIE VERZÜGERUNG BEIM SPEZIESKAUF: ART. 98 I EKG.

1. Die Voraussetzungen des Gefahrübergangs.

1. Die Lieferbereitschaft des Verkäufers.

Der Verkäufer muß eine vertragsgerechte Sache zur Aushändigung an den Käufer oder den Beförderer bereithalten. Daß die Sache vertragsgerecht sein muß, geht zwar nicht aus dem Wortlaut des Art. 98 I EKG, wohl aber aus seiner Entstehung hervor²⁾.

Ist die bereitgehaltene Kaufsache fehlerhaft, so geht die Gefahr nicht nach Art. 98 I EKG auf den Käufer über, wenn dieser die Abnahme verweigert³⁾. Wie weit trägt der Verkäufer bei fehlerhafter Ware nach Art. 97 II EKG (Gefahrtragung bei vertragswidriger Sache) so lange die Gefahr, bis die Aushändigung der fehlerhaften Ware an den Käufer nach den Bedingungen des Vertrages und des Gesetzes bewirkt ist⁴⁾. Wenn aber der Verkäufer zur Lieferung einer vertragsgerechten Ware bereit ist und wenn sich die Aushändigung verzögert, weil der Käufer seiner Verpflichtung aus Art. 96 EKG zur Zahlung des Kaufpreises oder zur Abnahme der Ware nicht nachkommt, dann geht die Gefahr nach Art. 98 I EKG vorzeitig, nämlich bevor die Lieferung tatsächlich erfolgt ist, auf den Käufer über⁵⁾.

1. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.75; Mertens/Rehbindner, Art. 98 EKG Rdnr. 3; Stötter, Art.98 EKG Anm.2; Vathis, S. 109.

2. Vgl. Bagge in: Etudes de droit civil, 1939, S. 45, 51.

3. Der dem heutigen Art. 98 I EKG entsprechende Art. 100 des Entwurfs von 1939 lautete: "..., provided that the seller is ready to accomplish all the acts constituting delivery." Der Begriff "delivery", der nach Art. 19 I EKG eine vertragsgerechte Sache voraussetzt, wurde auch in Art. 110 I der Entwürfe von 1956 und 1963 verwandt. Erst in der endgültigen Fassung des Art.98 I EKG ist "delivery" durch "handing over" ersetzt worden. Dazu siehe Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.2; Vathis, S. 109 mit Fußn. 368.

4. Vgl. dazu das Beispiel bei Dölle/Neumayer, Art.98 EKG, Rdnr. 2. Siehe auch Mertens/Rehbindner, Art.98 EKG Rdnr. 2.

5. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 97 EKG Rdnr. 34; siehe schon oben S.145.

6. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 3.

2. Die Pflichtverletzung des Käufers.

Während der 1963er Entwurf vom Annahmeverzug des Käufers sprach¹⁾, verlangt Art. 98 I EKG in seiner heutigen Fassung eine Pflichtverletzung des Käufers²⁾. Der Käufer muß es vor oder bei der Lieferung an der erforderlichen Mitwirkung fehlen lassen³⁾. Kommt es erst nach erfolgter Lieferung zur Vertragsverletzung, so findet Art. 98 I EKG keine Anwendung, da die Gefahr bereits nach Art. 97 I EKG übergegangen ist. Weder setzt die früheren Entwürfe⁴⁾ noch setzt die heutige Fassung von Art. 98 I EKG voraus, daß der Käufer die Vertragsverletzung schuldhaft begeht⁵⁾.

Fraglich ist, ob der Käufer nach Art. 74 EKG befreit wird, d.h., ob er nicht dafür einzustehen hat, wenn er ohne Verschulden eine Nebenpflicht verletzt, beispielsweise die Bereitstellung von Transportbehältern schuldlos unterläßt. In einer Entscheidung des LG Siegen⁶⁾ hatte der israelische Käufer gegenüber dem deutschen Verkäufer die Abnahme (Art. 56 EKG) verweigert. Im Rahmen des vom Verkäufer beanspruchten Schadensersatzes prüfte das Gericht, ob der Käufer nach Art. 74 I 2. Halbs. EKG von seiner Haftung befreit sei. Das Gericht wandte Art. 74 I 2. Halbs. EKG an, hielt jedoch dessen Voraussetzungen im vorliegenden Fall für nicht erfüllt. Da es in der Entscheidung ausschließlich um die vertragliche Haftung des Käufers auf Schadensersatz ging, brauchte das LG Siegen⁷⁾ nicht dazu Stellung zu nehmen, ob Art. 74 EKG (Befreiungen) den

1. Art. 110 des Entwurfs von 1963 lautete: "... he (the buyer) is in delay in accepting delivery..." (Zusatz in der Klammer vom Verfasser). Vgl. auch Riese in: Festschrift für Lewald, 1953, S. 561, 569 f.

2. Siehe Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 98. Vgl. Art. 66 II 1 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

3. Vgl. Rabel, RabelsZ 9 (1935), 339, 360; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd.3, hrsg.von Leser, 1967, S. 522, 609.

4. Zu Art. 110 des Entwurfs von 1956 siehe Riese, RabelsZ 22 (1957), 16, 113. Siehe auch Riese in: Festschrift für Lewald, 1953, S. 561, 568 und 570.

5. Siehe Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.4; Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S.955, 982 f.; Vathis, S.109 insbes. Fußn.369. Verschulden verlangt Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 139.

6. RIW/AWD 23 (1977), 427.

7. RIW/AWD 23 (1977), 427.

Käufer auch von der Gefahrtragung nach Art. 98 I EKG befreien kann. Letzteres ist zu verneinen. Denn der Gefahrübergang auf den Käufer nach Art. 98 I EKG setzt ja gerade nicht voraus, daß der Käufer seine Pflichtverletzung verschuldet hat¹⁾. Vielmehr geht die Gefahr nach Art. 98 I EKG auf den Käufer über, wenn sich die Lieferung infolge Dazutuns des Käufers - fait de l'acheteur²⁾ - verzögert. Da somit für den Gefahrübergang in Art. 98 I EKG ein "fait de l'acheteur" genügt und kein Verschulden des Käufers erforderlich ist, bleibt hier für eine Befreiung des Käufers nach Art. 74 EKG kein Raum. Das bedeutet, daß die Gefahr nach Art. 98 I EKG auf den Käufer übergeht und daß der Käufer nicht nach Art. 74 EKG befreit wird, wenn er eine Nebenpflicht ohne Verschulden verletzt und dadurch die Lieferung verzögert hat³⁾.

3. Der Inhalt der Abnahmepflicht.

Der Käufer ist nach Art. 56 EKG zur Abnahme der Ware verpflichtet. Der Begriff der Abnahme wird in Art. 65 EKG näher bestimmt. Danach beinhaltet die Abnahme die tatsächlichen Handlungen des Käufers, die zur Empfangnahme erforderlich sind, ohne daß es auf die dingliche Eigentums- und Besitzerlangung ankommt⁴⁾. Die Abnahme vollzieht sich in zwei Stufen: Zunächst muß der Käufer alle Handlungen vornehmen, die notwendig sind, damit der Verkäufer die Lieferung in Angriff nehmen kann. Sodann muß der Käufer die Sache an sich nehmen, so daß sie in seinen Herrschaftsbereich übergeht. Bei der Hol- und Bringschuld fallen in der Regel beide Akte des Käufers zusammen⁵⁾.

Daß sich die Abnahme durch einen doppelten Akt des Käufers vollzieht, wird in einer Entscheidung des LG Hamburg⁶⁾ deutlich. Darin verneinte das Gericht die Abnahme durch den Käufer. Zwar habe der Käufer die Handlungen vorgenommen, die dem Verkäufer die Aushändigung der Ware ermöglichen sollten,

1. So Vathis, S. 109 mit weiteren Nachweisen in Fußn. 369.

2. Vgl. oben S. 140 zum "fait du vendeur".

3. So Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 4. A.A. der österreichische Delegierte bei UNCITRAL, Bericht des Generalsekretärs in: UNCITRAL, Yearbook Bd. 1: 1968-1970, S. 159, 175 Anm. 143. Der Delegierte bejahte die Befreiung nach Art. 74 EKG und verneinte den Gefahrübergang nach Art. 98 I EKG.

4. So Dölle/von Caemmerer Art. 65 EKG Rdnr. 2.

5. Siehe Dölle/von Caemmerer, Art. 65 EKG, Rdnr. 3.

6. RIW/AWD 23 (1977), 425 f.

indem er der Zwischenlagerung der Ware in Tilburg zugestimmt habe. Jedoch habe der Käufer die Ware nicht an sich genommen, was eine körperliche Übernahme bedeutet hätte.

4. Die Vertragsverletzung bei der Hol- und Bringschuld.

Holt der Käufer die Ware nicht rechtzeitig ab, so verletzt er den Vertrag. Haben die Parteien keinen Abholtermin vereinbart, dann muß der Verkäufer den Käufer benachrichtigen, daß die Ware zur Abholung bereitsteht. Die Benachrichtigung ist zwar nur beim Gattungskauf in Art. 98 II EKG ausdrücklich vorgeschrieben. Sie ist aber ebenso beim Spezieskauf (Art. 98 I EKG) erforderlich¹⁾. Im Anschluß an die Benachrichtigung des Käufers ist diesem ein angemessener Zeitraum zum Abholen zuzubilligen²⁾; erst wenn der Käufer nach Ablauf dieses Zeitraumes die Ware noch nicht abgeholt hat, erst dann verletzt er den Vertrag. Bei der B r i n g schuld besteht die Vertragsverletzung darin, daß der Käufer die ihm überbrachte Ware nicht in Empfang nimmt.

5. Die Vertragsverletzung beim Versendungskauf.

Verweigert der Käufer nach der Absendung der Ware deren Abnahme (Art. 56 EKG), so findet Art. 98 I EKG keine Anwendung, da die Gefahr nach Art. 97 I i.V.m. Art. 19 II EKG bereits mit der Absendung auf den Käufer übergegangen ist³⁾. Beim Versendungskauf findet Art. 98 I EKG nur dann Anwendung, wenn sich die Absendung verzögert. Das kann dadurch geschehen, daß der Käufer vor der Absendung die Abnahme der Ware oder die Vertragserfüllung schlechthin verweigert. Die Verzögerung kann aber auch daraus resultieren, daß es der Käufer pflichtwidrig unterläßt, bei der Absendung mitzuwirken. Das ist der Fall, wenn der Käufer die Transportmittel oder -behälter nicht beschafft, obwohl er sich dazu verpflichtet hat⁴⁾.

1. So Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 5.

2. So Riese in: Festschrift für Lewald, 1953, S.561,570; ebenso Vathis, S.109 mit Fußn. 370.

3. Siehe Mertens/Rehbinder, Art.98 EKG Rdnr. 2. Vgl. Almén, S.557 f.

4. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr.6; Vathis, S.109 mit Fußn.366.

Die Versendung kann sich aber auch dadurch verzögern, daß der Käufer seiner Zahlungspflicht (Art. 56 EKG) nicht nachkommt. Nach Art. 72 I 1 EKG ist der Verkäufer berechtigt, die Versendung aufzuschieben, wenn der Käufer nicht bis zur Absendung zahlt. In diesem Fall geht die Gefahr nach Art. 98 I EKG auf den Käufer über¹⁾.

11. Kein Gefahrübergang bei Vertragsaufhebung durch den Verkäufer.

Erklärt der Verkäufer die Aufhebung des Vertrages wegen der Nichtabnahme durch den Käufer (Art. 66 I EKG)²⁾ oder wegen der Verletzung sonstiger Käuferpflichten (Art. 70 I a EKG), d.h. anderer Käuferpflichten als der in Art. 56 EKG zur Zahlung und Abnahme, dann wird der Käufer nach Art. 78 I EKG (Wirkung der Aufhebung) von seiner Zahlungspflicht frei³⁾. In diesem Fall findet Art. 98 EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) keine Anwendung; der Verkäufer hat infolge seiner Vertragsaufhebung (Art. 78 I EKG) keinen Kaufpreisanspruch mehr. Anders verhält es sich mit einem Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den Käufer. Die vom Verkäufer erklärte Vertragsaufhebung läßt nach Art. 78 I EKG (Wirkung der Aufhebung) einen bestehenden Schadensersatzanspruch unberührt⁴⁾. Im Falle der Vertragsaufhebung hat der Verkäufer daher einen Schadensersatzanspruch gegen den Käufer, und zwar aus Art. 68 I EKG bei Nichtabnahme durch den Käufer und aus Art. 70 I a EKG bei Verletzung sonstiger Käuferpflichten, d.h. anderer Käuferpflichten als der in Art. 56 EKG zur Zahlung und Abnahme. Dabei berechnet sich der Schaden des Verkäufers nach den Art. 84 bis 87 EKG, wobei allerdings folgende Einschränkung zu machen ist: Die konkrete Schadensberechnung auf der Grundlage eines tatsächlich vom Verkäufer vorgenommenen Deckungsverkaufs (Art. 85 EKG) scheidet aus, da ja die Ware beim Verkäufer untergegangen, d.h. ein Deckungsverkauf gerade nicht möglich ist.

1. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.75; Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 7; Vathis, S. 109.
2. Siehe dazu Hager, S. 207 f.
3. So Vathis, S. 111 insbes. Fußn. 377. Siehe auch Leser in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 1, 5; ferner Hager, S. 209.
4. Siehe Dölle/Weitnauer, vor Art. 78-81 EKG Rdnr. 35.

III. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs.

Nach Art. 98 I EKG geht die Gefahr in dem Zeitpunkt über, in dem die Lieferung spätestens erfolgen sollte. Problematisch ist der exakte Zeitpunkt des Gefahrübergangs, wie das folgende Beispiel verdeutlicht¹⁾: Der Verkäufer hat sich zur Lieferung innerhalb einer bestimmten Frist verpflichtet. Wenn der Verkäufer innerhalb der Frist, aber nicht erst mit Fristablauf einen Lieferversuch unternimmt, der an der fehlenden Mitwirkung des Käufers scheitert, so ist fraglich, ob die Gefahr bereits mit dem erfolglosen Lieferversuch oder erst bei Ablauf der Lieferfrist übergeht. In der deutschen Fassung des Art. 98 I EKG²⁾ ist nicht der Zeitpunkt des Lieferversuchs, sondern der Ablauf der Lieferfrist maßgeblich³⁾. Daß der deutsche Text hier vom englischen⁴⁾ und französischen⁵⁾ Original abweicht, ist nicht ersichtlich⁶⁾.

Daß die Gefahr nach Art. 98 I EKG erst mit dem Ablauf der Lieferfrist übergeht, widerspricht Sinn und Zweck der Vorschrift. Denn dadurch zieht der Käufer aus seiner Vertragsverletzung einen Vorteil. Ohne Vertragsverletzung wäre die Gefahr nämlich nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) mit der rechtzeitigen Lieferung auf den Käufer übergegangen. So geht sie erst mit Ablauf der Lieferfrist, d.h. erst zum letztmöglichen Lieferzeitpunkt über.

1. Vgl. auch das Beispiel bei Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.3; vgl. ferner den Kommentar zum UNCITRAL-Entwurf von 1976, Art.66 Beispiel 66 B.
2. Anders noch Art. 110 I der Entwürfe von 1956 und 1963: "Die Gefahr geht auch mit dem Tage auf den Käufer über, an dem er mit der Abnahme in Verzug kommt." Ebenso der englische und französische Text: "The risk shall pass likewise to the buyer as from the date on which he is in delay in accepting delivery of the goods." und: "...à compter du jour où il est en retard dans la prise de livraison". (Unterstreichung vom Verfasser).
3. So Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.3; ebenso Art.66 II 1 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976. Siehe auch die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.75; Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S.131,139; Riese, RabelsZ 29 (1965), 1,94; Stötter, Art.98 I EKG Anm.2.
4. Art. 98 I: "..., the risk shall pass to the buyer as from the last date when, apart from such breach, the handing over could have been made in accordance with the contract." (Unterstreichung vom Verfasser). Siehe auch Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 98.
5. Art. 98 I: "..., les risques sont transférés à l'acheteur à compter de la dernière date où, sans cette contravention, la remise aurait pu être effectuée conformément au contrat." (Unterstreichung vom Verfasser).
6. So aber Mertens/Rehbinder, Art.98 EKG Rdnr.4; ebenso Vathis, S.108 Fußn. 365.

IV. Der Rückfall der Gefahr auf den Verkäufer.

Solange die Verzögerung anhält, lastet die Gefahr nach Art. 98 EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) auf dem Käufer. Wird die Verzögerung dadurch b_e_h_o_b_e_n., daß der Käufer bei der Lieferung mitwirkt, so endet die Wirkung des Art. 98 EKG. Die Gefahrtragung richtet sich nunmehr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung). Dadurch kann die Gefahr auf den Verkäufer zurückfallen¹⁾. Das geschieht im folgenden Beispiel: Die Parteien haben eine Bringschuld vereinbart, und der Käufer hat sich bereit erklärt, die Behälter für den Transport zu beschaffen. Verzögert der Käufer die Beschaffung der Behälter, so geht die Gefahr nach Art. 98 I EKG auf ihn über. Stellt er schließlich die Behälter zur Verfügung, so fällt die Gefahr auf den Verkäufer zurück. Erst mit der Überbringung der Ware geht die Gefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) i.V.m. Art. 19 I EKG (Lieferung der Sache) erneut auf den Käufer über.

V. Die Sorgfaltspflicht des Verkäufers.

Wenn die Gefahr nach Art. 98 EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) auf den Käufer übergeht, bleibt der Verkäufer nach Art. 91 EKG²⁾ (Erhaltung der Sache) verpflichtet, die Kaufsache angemessen zu erhalten³⁾. Aus Art. 96, 2. Halbs. EKG ("fait du vendeur")⁴⁾ ergibt sich die Obliegenheit des Verkäufers, der in seiner Kontrolle befindlichen Ware die erforderliche Sorgfalt angedeihen zu lassen⁵⁾.

B. DIE VERZÖGERUNG BEIM GATTUNGSKAUF: ART. 98 II, III EKG.

1. Die Konkretisierung als Voraussetzung des Gefahrübergangs nach

Art. 98 II EKG.

Bei Verzögerung durch den G_a_t_t_u_n_g_s käufer geht die Preisgefahr nach Art. 98 II EKG nur über, wenn eine Konkretisierung stattgefunden hat⁶⁾.

1. So Vathis, S. 111. Vgl. auch Almén, S. 564 f.

2. Siehe Hager, S. 200 f.

3. So Stötter, Art. 98 EKG Anm. 5.

4. Siehe dazu oben S. 140.

5. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 8.

6. Vgl. Art. 66 II 2 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

Die Konkretisierung bewirkt zugleich, daß die Leistungsgefahr auf den Käufer übergeht¹⁾. Durch die Konkretisierung soll Manipulationen des Verkäufers vorgebeugt werden²⁾: Ist beim Untergang einer Teilmenge nicht bestimmt, welchem Käufer der untergegangene Teil zukommt, dann darf es nicht im Belieben des Verkäufers stehen, nach dem Untergang den Verlust einem Käufer zuzuordnen und von ihm Bezahlung zu verlangen³⁾.

1. Die Voraussetzungen der Konkretisierung in Art. 98 II EKG.

Die Konkretisierung nach Art. 98 II EKG tritt ein, wenn der Verkäufer die Ware offensichtlich aussondert und diesen Vorgang dem Käufer anzeigt⁴⁾. Die Bestimmung der Ware zur Vertragserfüllung muß offensichtlich sein⁵⁾. Daß der Verkäufer die Ware nur intern aussondert und bereitstellt, genügt also nicht. Er muß dem Käufer davon Anzeige machen. Die Anzeige ist eine Tatbestandsvoraussetzung des Art. 98 II EKG und nicht bloße Obliegenheit wie in Art. 19 III EKG⁶⁾. Das wird im französischen Originaltext besonders deutlich⁷⁾. Die Anzeige muß schriftlich erfolgen⁸⁾. Durch die Anzeige an den Käufer wird sichergestellt, daß der Verkäufer die

1. Siehe Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr.131; Vathis, S.110 m.w.Nachw. in Fußn. 374.
2. So Mertens/Rehbinder, Art.98 EKG Rdnr.6; Stötter, Art.98 II EKG Anm. 2; Vathis, S. 109.
3. Siehe Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.9; Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 139; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S. 118.
4. Siehe Riese, RabelsZ 22 (1957), 16, 113; Stötter, Art.98 EKG Anm.2; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S.118; Vathis, S.109 f. m.w.Nachw. in Fußn. 373.
5. So die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S. 75. Siehe auch Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 98. Vgl. schon Rabel, RabelsZ 9 (1935), 339, 359; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, hrsg. von Leser, 1967, S. 522, 607.
6. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 11.
7. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 10. Siehe Mertens/Rehbinder, Art. 98 EKG Rdnr. 8.
8. So Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 139 insbes. Fußn. 25; ebenso Mertens/Rehbinder, Art. 98 EKG Rdnr. 7. A.A. Graveson/Cohn/Graveson, Schedule 1: Art. 98.

bereitgestellte Sache nicht noch für einen anderen Käufer oder einen anderen Zweck bestimmt¹⁾. Das ist dem Verkäufer nach der Absendung der Anzeige nicht mehr möglich. Die Konkretisierung tritt daher bei der Absendung²⁾ und nicht erst mit dem Zugang³⁾ der Anzeige beim Käufer ein.

2. Die Konkretisierung bei der Hol- und Bringschuld.

Bei der Holschuld ist die Anzeige nach Art. 98 II EKG auch dann erforderlich, wenn die Parteien einen Abholtermin vereinbart haben. Die Anzeige dient der Bestimmung der Ware zur Vertragserfüllung. Zugleich teilt sie dem Käufer mit, bis wann er seiner Abholpflicht nachzukommen hat. Die Verletzung der Abnahmepflicht (Art. 56 EKG) durch den Käufer setzt voraus, daß dieser vom Abholtermin Kenntnis erlangt hat. Ist kein Abholtermin vereinbart, so erfolgt die Konkretisierung ausnahmsweise nicht mit der Absendung, sondern erst mit dem Zugang der Anzeige beim Käufer⁴⁾. Die Anzeige reist in diesem Fall auf Gefahr des Verkäufers⁵⁾. Die Gefahr geht nach Art. 98 II EKG erst über, wenn der Käufer auf die Anzeige hin nicht bin-
nen angemessener Frist die bereitgestellte Ware abgeholt hat⁶⁾.

Bei der Bringschuld wird die Anzeige des Art. 98 II EKG dadurch überflüssig, daß dem Käufer die ausgesonderte Ware tatsächlich angeboten wird⁷⁾.

3. Die Konkretisierung beim Versendungskauf.

Beim Versendungskauf ist zu unterscheiden, ob der Gattungskäufer v o r oder erst n a c h der Aushändigung an den Beförderer (Art. 19 II EKG) seine Pflicht (Art. 56 EKG) verletzt und dadurch die Lieferung verzögert:

1. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S. 75. Vgl. auch den Kommentar zum UNCITRAL-Entwurf von 1976, Art. 66 Anm. 4.
2. So Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr. 132. Siehe auch Rabel, RabelsZ 9 (1935), 339, 359; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, hrsg. von Leser, 1967, S. 522, 608; Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 316 mit Fußn. 48.
3. So aber Mertens/Rehbinder, Art. 98 EKG Rdnr. 7.
4. So Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr. 132.
5. Zweifelnd Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 11. Vgl. auch Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 344.
6. So Riese in: Festschrift für Lewald, 1953, S. 561, 570. Siehe auch Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 10.
7. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 12.

Wenn der Gattungskäufer erst n a c h der Aushändigung an den Beförderer (Art. 19 II EKG), also erst n a c h der Absendung die Abnahme verweigert, dann findet Art. 98 II EKG keine Anwendung. Denn die Gefahr ist bereits mit der Absendung nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) i.V.m. Art. 19 II EKG (Lieferung beim Versendungskauf) auf den Gattungskäufer übergegangen¹⁾. Die spätere Abnahmeverweigerung des Gattungskäufers läßt seine Gefahrtragung unbeeinflußt.

Art. 98 II EKG findet n u r dann Anwendung, wenn der Gattungskäufer die Aushändigung an den Beförderer (Art. 19 II EKG), also die Absendung dadurch verzögert, daß er v o r der Absendung seine Pflicht verletzt²⁾. Die Gefahr geht dann nach Art. 98 II EKG auf den Gattungskäufer über, wenn es zur Konkretisierung gekommen ist. Zur Konkretisierung beim Versendungskauf ist nach Art. 98 II EKG eine Anzeige des Gattungsverkäufers an den Gattungskäufer erforderlich: Ist kein Zeitpunkt für die Versendung vereinbart, so muß der Verkäufer anzeigen, daß die Ware zur Versendung bereitsteht³⁾. Doch auch wenn ein Zeitpunkt vereinbart ist, bedarf es nach Art. 98 II EKG der Anzeige an den Käufer, damit sich die Bestimmung der Ware zur Vertragserfüllung manifestiert⁴⁾.

11. Der Gefahrübergang ohne Aussonderung der Ware: Art. 98 III EKG.

Art. 98 III EKG regelt den speziellen Fall, daß sich die Aussonderung der Ware aus der Gattung verzögert, weil es der Käufer an seiner Mitwirkung fehlen läßt. Gemeint sind die Fälle, in denen der Verkäufer die Aussonderung ohne die Mitwirkung des Käufers nicht vornehmen kann, weil die Beschaffenheit der Ware und technische Schwierigkeiten entgegenstehen⁵⁾.

1. Zum Gefahrübergang und zur Konkretisierung beim Versendungskauf nach Art. 97 I EKG i.V.m. Art. 19 II EKG siehe oben S. 149 f.
2. Zu den einzelnen Fällen der Pflichtverletzung des Käufers v o r der Absendung und zur daraus resultierenden Verzögerung der Absendung siehe oben S. 154 f.
Siehe auch Dölle/Huber, Art. 19 EKG Rdnr. 132 am Ende.
3. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 13.
4. Vgl. Riese in: Festschrift für Lewald, 1953, S. 561, 568.
5. Siehe Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufgesetz, 1973, S. 131, 139; Stötter, Art. 98 III EKG Anm. 2. Vgl. die Vorentwürfe: Art. 105 II 2 des Entwurfs von 1935; dazu siehe Rabel, RabelsZ 9 (1935), 339, 360; auch abgedruckt in: Rabel, Gesammelte Aufsätze, Bd. 3, hrsg. von Leser, 1967, S. 522, 609. Zu Art. 110 III des Entwurfs von 1956 siehe Riese, RabelsZ 22 (1957), 16, 113.

Zu denken ist an die Aussonderung von Öl aus einem Tank oder von Getreide aus einem Silo¹⁾, wenn der Käufer mit seinen Fahrzeugen die Ware übernehmen soll. Hierher gehören aber auch die Fälle, in denen der Käufer selbst die Stücke aus der Gattung auszuwählen oder wie beim Spezifikationskauf noch eine nähere Bestimmung zu treffen hat²⁾. Nach Art. 98 III EKG geht die Gefahr in diesen Fällen ohne Aussonderung auf den Käufer über, wenn der Verkäufer das Seinige zur Lieferung getan hat³⁾.

1. Die Voraussetzungen des Art. 98 III EKG.

Der Gefahrübergang nach Art. 98 III EKG setzt voraus, daß der Verkäufer alles getan hat, um dem Käufer die Abnahme zu ermöglichen. Der Verkäufer muß die Aussonderung vorbereiten, soweit das ohne die Mitwirkung des Käufers möglich ist. Zugleich muß er dem Käufer seine Lieferbereitschaft anzeigen. Das Erfordernis der Anzeige findet zwar in Art. 98 III EKG keine ausdrückliche Erwähnung, ergibt sich aber aus dem Zusammenhang mit Art. 98 II EKG⁴⁾. Einer Anzeige an den Käufer bedarf es zumindest dann, wenn kein Zeitpunkt für die Mitwirkung des Käufers vereinbart worden ist⁵⁾. Außerdem dient die Anzeige dem Zweck, den Käufer vor dem Gefahrübergang zu warnen⁶⁾ und ihm zu signalisieren, daß der Verkäufer tatsächlich zur Lieferung bereit ist. Die Gefahr geht nach Art. 98 III EKG erst über, wenn der Käufer auf die Anzeige hin nach Ablauf einer angemessenen Frist untätig geblieben ist.

1. Siehe die Denkschrift, BT-Drucksache 7/115, S.75; Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnr.133; Vathis, S.110. Vgl. auch Huber in: Festschrift für Bal-lerstedt, 1975, S.327, 338 Fußn. 29.
2. Siehe Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 14.
3. Siehe Ficker in: Leser/von Marschall, Das Haager Einheitliche Kaufge-setz, 1973, S. 131, 139; Mertens/Rehbinder, Art. 98 EKG Rdnr. 9; Tunc, BT-Drucksache 7/115, S. 118.
4. Zur Anzeige als Tatbestandsvoraussetzung des Art. 98 II EKG siehe oben S. 158.
5. So Dölle/Neumayer, Art. 98 EKG Rdnr. 15. Vgl. auch Graveson/Cohn/Grave-son, Schedule 1: Art. 98.
6. Siehe Mertens/Rehbinder, Art. 98 EKG Rdnrn. 7 und 10.

2. Der Untergang des gesamten Vorrats bzw. Totalunmöglichkeit.

Wenn der gesamte Vorrat, also der Tank mit dem Öl oder das Silo mit dem Getreide, vollständig untergegangen ist, dann steht fest, daß auch die Teilmenge vernichtet worden ist, die mangels Mitwirkung des Käufers noch nicht ausgesondert werden konnte¹⁾. Voraussetzung ist lediglich, daß es sich bei dem untergegangenen Gesamtvorrat um denjenigen Vorrat handelt, aus dem die Teilmenge zu entnehmen war. Die Gefahr geht nach Art. 98 III EKG aber über, wenn der Verkäufer bis auf die Aussonderung alle Vorbereitungen zur Lieferung getroffen, insbesondere die Anzeige an den Käufer abgesandt hat²⁾.

Fraglich ist, ob Art. 98 III EKG nur bei der Vorratsschuld, also der beschränkten Gattungsschuld, gilt oder ob die Vorschrift auch auf die unbeschränkte Gattungsschuld bei Totalunmöglichkeit³⁾ der Leistung aus der Gattung anzuwenden ist. Wenn auch Art. 98 III EKG seiner Entstehung nach für die Vorratsschuld konzipiert worden ist⁴⁾, so läßt doch der Wortlaut die Anwendung auf die unbeschränkte Gattungsschuld zu. Art. 98 III EKG findet daher auch Anwendung, wenn eine Totalunmöglichkeit der Leistung aus der Gattung eintritt, nachdem der Käufer die Aussonderung verzögert hat⁵⁾. Denn auch ohne die Aussonderung steht fest - da es sich um eine Totalunmöglichkeit handelt -, daß dem Verkäufer jede Lieferung aus der Gattung, also auch die Lieferung der Gattungssache, die mangels Mitwirkung des Käufers nicht ausgesondert werden konnte, unmöglich geworden ist. Der Käufer trägt dann unter den Voraussetzungen des Art. 98 III EKG die Gefahr, ohne daß eine Aussonderung stattgefunden hat.

3. Der Untergang einer Teilmenge.

Wenn nicht der gesamte Vorrat, sondern lediglich ein Teil davon untergeht, so ist fraglich, ob die Gefahr auch dann ohne Aussonderung nach

1. Siehe Dölle/Huber, Art.19 EKG RdNr.133; Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S.955,984; Vathis, S.110 m.w.Nachw. in Fußn. 375. Vgl. auch Krückmann, S. 65.
2. Siehe Dölle/Neumayer, Art.98 EKG RdNr.16. Vgl. aber Almén, S.560 Fußn.22.
3. Eine solche Totalunmöglichkeit trat in RGZ 103,13 dadurch ein, daß der Handel mit Kakaoschalenpulver allgemein untersagt wurde; vgl.dazu oben S.35 f.
4. Art. 105 II 2 des Entwurfs von 1935 lautet:"Lorsque les choses de genre font partie d'un ensemble indivis et sont de telle nature que le vendeur ne peut pas en mettre une partie de côté,..." (Unterstreichung vom Verfasser).
5. Siehe Vathis, S. 110 f.

Art. 98 III EKG übergehen kann. Zwar soll feststehen, daß die Ware aus dem Vorrat ausgesondert worden wäre, der teilweise untergegangen ist. Aber auch dann läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, daß gerade der Teil, der untergegangen ist, auch für den Käufer K_1 ausgesondert worden wäre¹⁾. Ebensogut könnte der untergegangene Teil ja auch für einen anderen Käufer K_2 ausgesondert worden sein, so daß die Teilmenge für den Käufer K_1 noch vorhanden und nicht untergegangen wäre. Diese gedankliche Möglichkeit läßt sich so lange nicht mit Sicherheit ausschließen, als noch keine Aussonderung stattgefunden hat. Der Gefahrübergang auf den Käufer setzt aber g r u n d s ä t z l i c h voraus, daß die Sache bestimmt ist, auf die sich die Gefahr bezieht²⁾; d.h., es muß feststehen, beim Untergang w e l c h e r Sache der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt. Daran fehlt es hier aber gerade. Der Grund dafür, daß es daran fehlt, liegt im Verhalten des K ä u f e r s, der seine erforderliche Mitwirkung bei der Aussonderung verzögert hat. Wenn man nun den Gefahrübergang auf den Käufer daran scheitern ließe, daß die Sache, auf die sich die Gefahr bezieht, nicht hinreichend bestimmt ist, dann würde man den Käufer für seine Verzögerung obendrein noch b e l o h n e n. Zwar braucht man nicht unbedingt der Regelung im nordamerikanischen Recht, dem § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss), zu folgen, durch die der Käufer für seinen Vertragsbruch b e s t r a f t wird³⁾, indem ihm vorübergehend die Gefahrtragung auferlegt wird. Aber auch wenn man den Käufer für seine pflichtwidrige Verzögerung bei der Aussonderung nicht gleich zu "bestrafen" braucht, so wäre es andererseits doch verfehlt, ihn dadurch zu b e l o h n e n, daß die Gefahr infolge seiner Verzögerung bei der Aussonderung nicht auf ihn überginge. Dadurch würde für den Käufer ja geradezu ein Anreiz geschaffen, sich bei seiner Mitwirkung an der Aussonderung hinreichend Zeit zu lassen. Denn die Gefahr trüge dann ja weiterhin der Verkäufer. Der Käufer soll aber für seine Verzögerung bei der Aussonderung weder belohnt noch bestraft werden. Ziel und Zweck des Art.

1. Siehe Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr. 17. Vgl. auch Riese, RabelsZ 29 (1965), 1, 94.
2. Siehe Neumayer in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S.955,983. Siehe auch Rabel (u.a.) in: Rvgl.HWB, Bd.4, hrsg.von Schlegelberger, Berlin 1933, S.727,743; Schmitthoff in: Honnold, Unification of the Law, 1966,S.169,187 ff. Vgl. auch Poroy, S.123 f.; vgl.ferner den Kommentar zum UNCITRAL-Entwurf von 1976, Art.66 Beispiel 66 C.
3. Zur S a n k t i o n i e r u n g des Vertragsbruchs des Käufers durch den Gefahrübergang in § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) vgl. oben S. 116 und 123.

98 III EKG gebieten es vielmehr, die Preisgefahr i n t e r e s s e n - g e r e c h t zwischen Verkäufer und Käufer zu verteilen. Als interessengerechter Ausgleich bietet sich die folgende Lösung¹⁾ an:

Wenn nur ein T e i l des Vorrats untergeht, dann beschränkt sich die Lieferpflicht des Verkäufers auf den nicht untergegangenen Rest. Der Verkäufer muß dann den Käufer K_1 und den Käufer K_2 aus diesem Rest bedienen. Wenn aber nun der nicht untergegangene, restliche Vorrat nicht für K_1 u n d K_2 ausreicht, dann muß der Verkäufer den Restvorrat nach Q u o - t e n an beide verteilen. Durch die Lieferung einer Quote an beide Käufer wird der Verkäufer nach Art. 74 EKG (Befreiungen) entlastet. Die beiden Käufer müssen aber gegen Lieferung der Quote jeweils den vollen Kaufpreis zahlen. Denn auch o h n e Aussonderung ist die Preisgefahr nach Art. 98 III EKG auf die Käufer übergegangen. Hier bedeutet "Preisgefahr" allerdings nicht wie sonst üblich, daß der Käufer den vollen Kaufpreis zahlen muß, ohne die Ware zu erhalten. Vielmehr bleibt der Käufer gegen Lieferung der Quote zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet. So verstanden trägt der Käufer nach Art. 98 III EKG die Preisgefahr, auch wenn wegen fehlender Mitwirkung des Käufers k e i n e Aussonderung stattgefunden hat und wenn nunmehr lediglich ein T e i l des Vorrats und nicht der gesamte Vorrat untergegangen ist.

1. Diese Lösung vertreten auch Dölle/Huber, Art.19 EKG Rdnr.133; ebenso Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.19, die die Grundsätze zur Alternativschuld vergleichend heranziehen. Vgl. ferner Dölle/Neumayer, Art.98 EKG Rdnr.18 zu dem Versuch, die Prinzipien der Sammelsendung im Rahmen des Art. 98 III EKG fruchtbar zu machen. Dagegen Vathis, S. 110 Fußn.375. Gegen eine Analogie zur Sammelsendung Neumayer nunmehr selbst in: Festschrift für von Caemmerer, 1978, S. 955, 985.

F Ü N F T E R T E I L .

ZUSAMMENFASSENDE VERGLEICH.

ERSTER ABSCHNITT.

DIE GEFahrTRAGUNG OHNE VERZÖGERUNG.

A. DAS DEUTSCHE RECHT.

Die P r e i s g e f a h r , d . h . , daß der Käufer den Kaufpreis zahlen muß, o h n e die - untergegangene - Ware zu erhalten, geht nach den kaufrechtlichen Spezialregelungen der §§ 446 I 1, 447 I BGB auf den Warenkäufer über. In § 446 I 1 BGB bestimmt das Traditionsprinzip bei der Hol- und Bringschuld die Gefahrtragung. Beim Versendungskauf geht die Gefahr mit der Auslieferung an die Transportperson auf den Käufer über (§ 447 I BGB).

Der Gefahrübergang beim Gattungskauf setzt voraus, daß die Ware nach § 243 II BGB konkretisiert worden ist. Bei der Hol- und Bringschuld stellt sich die Frage, ob zur Konkretisierung ein einseitiger Akt des Verkäufers genügt oder ob die Lieferung als zweiseitiger Vorgang aufzufassen ist. Erfolgt die Konkretisierung durch einen einseitigen Akt des Verkäufers, so liegt sie zeitlich vor dem Gefahrübergang (§ 446 I 1 BGB). Nach der im Vordringen befindlichen (zweiseitigen) Lieferungstheorie fällt die Konkretisierung mit dem Gefahrübergang bei Übergabe nach § 446 I 1 BGB zusammen. Beim Versendungskauf finden nach e i n h e l l i g e r Ansicht mit der Auslieferung an die Transportperson die Konkretisierung und der Gefahrübergang (§ 447 I BGB) g l e i c h z e i t i g statt.

B. DAS AMERIKANISCHE RECHT.

1. Die Kritik am Common Law und an § 22 USA (Risk of Loss).

Die Gefahrtragung im Common Law und nach § 22 USA (Risk of Loss) orientierte sich am Eigentum¹⁾. An der Verbindung von Gefahrtragung und Eigen-

1. Siehe Lattin, Hastings L.J. 16 (1965), 551, 561 ff.; Weems, La.Law` Review 27 (1967), 299, 302 f. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 309 f.

tum entzündete sich heftige Kritik¹⁾. Wann das Eigentum und damit die Gefahr auf den Käufer übergangen, beurteilte sich nach dem Willen der Parteien (intention of the parties). Diesen Parteiwillen zu ermitteln, bereitete vielfach die größten Schwierigkeiten²⁾. Denn beim Warenkauf richteten die Parteien ihr Augenmerk in erster Linie auf die Übergabe der Ware und auf die Zahlung des Kaufpreises, ohne der Übereignung die gleiche Beachtung zu schenken. Daraus erklärte sich die Schwierigkeit, den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs genau zu bestimmen³⁾. Außerdem richteten die Vertragspartner ihre Aufmerksamkeit häufig stärker auf den Gefahr- als auf den Eigentumsübergang. Daher mußte es bedenklich stimmen, das Eigentum über die Gefahrtragung entscheiden zu lassen.

11. Das Prinzip der Kontrolle in § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach).

In bewußter Abkehr (§ 2-401 UCC) vom Eigentumskonzept des Common Law und des Uniform Sales Act orientiert sich die Gefahrtragung in § 2-509 UCC

1. Siehe die grundlegende Kritik am Eigentumskonzept von Llewellyn, N.Y. U.L.Q.Rev. 15 (1938), 159, 182 ff.; derselbe in: Harv.L.Rev. 52 (1939), 725, 736. Zur Rechtfertigung des Eigentumsprinzips siehe Williston, Harv. L.Rev. 63 (1950), 561, 566; dazu die Erwiderung von Corbin, Yale L.J. 59 (1950), 821 ff. als ein Appell zur Einführung des Uniform Commercial Code. Siehe auch Nordstrom und Lattin, Problems and Materials, S. 303. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 296 f., der sich für die Trennung von Eigentum und Gefahrtragung ausgesprochen hat.
2. Siehe Llewellyn, Harv.L.Rev. 52 (1939), 725, 733: "Now when the location of 'the property' in the wares thus gets far enough away from homely fact to need a lawyer to decide about it, but is supposed to be determined by the intentions of parties who are not lawyers, that is not so good. And when the lawyers themselves have difficulty in doing the deciding, that is worse." Siehe auch Nordstrom, S. 374 mit Fußn. 2; ferner Baude, Kan.L.Rev. 13 (1965), 565 mit Fußn. 6 f.; Dugan, Boston U.L.Rev. 53 (1973), 955, 956 insbes. Fußn. 9; Kidd, Wyo.L.J. 14 (1959), 25; Kuenzel, Fla. B.J. 36 (1962), 1020, 1029 f.
3. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.04 (2), S. 8-76 f. mit Fußn. 8f. Zur Ungewißheit und Unsicherheit bei der zeitlichen Fixierung des Eigentumsübergangs siehe die Entscheidungen Daniel Gage, Inc. v. Kimball, 288 Mass. 413, 419 f., 193 N.E. 30, 32 f. (1934); Radioff v. Bragmus, 214 Minn. 130, 7 N.W. 2d 491 (1943).

(Risk of Loss in the Absence of Breach) am Kaufvertrag (contractual approach). Die Kaufpreisklage nach § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC (Action for the Price) setzt nicht voraus, daß das Eigentum auf den Käufer übergegangen ist. Vielmehr müssen die Waren innerhalb einer im Handelsverkehr angemessenen Zeit (within a commercially reasonable time) nach dem Gefahrübergang auf den Käufer untergegangen sein, damit die Kaufpreisklage nach § 2-709 (1) (a) 2. Alt. UCC durchgreift.

Bei Distanzkäufen ist zwischen dem Versendungs- (shipment-) und dem Fernkauf (destination contract) zu unterscheiden. Beim "shipment contract" geht die Gefahr nach § 2-509 (1) (a) UCC mit der Ablieferung (§ 2-504 UCC) der Waren an die Transportperson über. Hingegen bedarf es beim "destination contract" nach § 2-509 (1) (b) UCC eines Lieferangebots (tender of delivery) im Sinne von § 2-503 (3) UCC am Bestimmungsort (at a particular destination). Wenn Zweifel bestanden, ob es sich um einen "shipment contract" (Versendungskauf) oder um einen "destination contract" (Fernkauf) handelte, dann hat die Rechtsprechung einen "shipment contract" (Versendungskauf) angenommen. Prinzipiengerecht wäre es hingegen, im Zweifel einen "destination contract" (Fernkauf) zu bejahen. Da der Verkäufer den Transport stärker unter Kontrolle hat als der Käufer (§ 2-311 (2) UCC), sollte auch der Verkäufer im Zweifel die Transportgefahr tragen, was beim "destination contract" (Fernkauf) der Fall wäre.

Befinden sich die Waren in Verwahrung eines "bailee", so regelt § 2-509 (2) UCC den Gefahrübergang. Sobald der Käufer berechtigt ist, seinen Herausgabeanspruch gegen den "bailee" auch Gläubigern des Verkäufers gegenüber vorrangig geltend zu machen, geht die Gefahr auf ihn über.

In allen sonstigen Fällen bestimmt § 2-509 (3) UCC die Gefahrtragung. Es ist danach zu differenzieren, ob der Verkäufer Kaufmann ist oder nicht. Als Kaufmann trägt er die Gefahr bis zur Empfangnahme (receipt) der Waren durch den Käufer. Der Verkäufer kann als Kaufmann eher als der Käufer die Waren versichern und vorbeugende Schutzmaßnahmen treffen, solange sich die Waren unter seiner Kontrolle befinden. Ist der Verkäufer kein Kaufmann, so geht die Gefahr bereits mit dem Lieferangebot (tender of delivery) im Sinne von § 2-503 UCC über. In diesem Fall trägt der Käufer die Gefahr, auch wenn die Waren weiterhin im Herrschaftsbereich des Verkäufers geblie-

ben sind. Hier divergieren Gefahrtragung und Kontrolle über die Waren. Ansonsten ist das Prinzip, daß der Verkäufer, solange er die Waren kontrolliert, auch die Gefahr tragen soll, in § 2-509 UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) weitgehend verwirklicht worden. Darauf kann zurückgegriffen werden, wenn es gilt, in § 2-509 UCC die Tatbestandsmerkmale "carrier", "bailee" und "merchant" auszufüllen.

§ 2-509 (4) UCC betont den dispositiven Charakter der gesetzlichen Gefahrtragungsvorschriften. Die Parteien können insbesondere durch Vereinbarung der gängigen Lieferklauseln die Gefahrtragung frei gestalten.

C. DAS EINHEITLICHE KAUFGESETZ.

Nach Art. 96 EKG¹⁾ hat der Übergang der Preisgefahr auf den Käufer zur Folge, daß der Käufer trotz des Untergangs der Sache zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt. Diese Wirkung des Gefahrübergangs tritt nicht ein, wenn der Untergang auf das Verhalten des Verkäufers (fait du vendeur) zurückzuführen ist (Art. 96, 2. Halbs. EKG). Darunter ist jede zurechenbare - nicht notwendig schuldhaft - Einwirkung des Verkäufers auf die Sache zu verstehen. Grundsätzlich wird der Verkäufer bei zufälligem Untergang der Sache von seiner Leistungspflicht f r e i (Art. 74 I EKG), d.h. der Käufer trägt die L e i s t u n g s g e f a h r. Die P r e i s g e f a h r geht nach Art. 97 I EKG mit der L i e f e r u n g als zweiseitigem Vorgang - unabhängig vom Eigentum - auf den Käufer über. Bei der Hol- und Bringschuld²⁾ ist die Lieferung (Art. 19 I EKG) mit der Aushändigung an den Käufer bewirkt, während beim Versandungskauf³⁾ bereits die Aushändigung an den Beförderer (Art. 19 II EKG) zur Lieferung ausreicht. Der Gefahrübergang rechtfertigt sich daraus, daß die Ware mit der Lieferung den Herrschaftsbereich des Verkäufers verläßt.

Auch beim Gattungskauf geht die Gefahr nach Art. 97 I EKG mit der L i e f e r u n g auf den Käufer über. Die K o n k r e t i s i e r u n g vollzieht sich ebenfalls mit der

1. Dem entspricht Art. 64 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

2. Vgl. Art. 66 I des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

3. Vgl. Art. 65 I des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

Lieferung. Ist beim Versendungskauf die Ware bei der Aushändigung an den Beförderer nicht deutlich zur Vertragserfüllung bestimmt, so muß der Verkäufer nach Art. 19 III EKG eine Anzeige über die Versendung an den Käufer absenden. Auch in diesem Fall geht die Gefahr nach Art. 97 I EKG mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer über, es sei denn, daß der Verkäufer im Zeitpunkt der Absendung der Anzeige vom Untergang wußte oder hätte wissen müssen (Art. 100 EKG). Im letzteren Falle geht die Gefahr ausnahmsweise erst mit der Absendung der Anzeige an den Käufer auf diesen über.

ZWEITER ABSCHNITT.

DIE GEFAHRTRAGUNG BEI VERZÖGERUNG DURCH DEN KÄUFER.

A. DAS DEUTSCHE RECHT.

1. § 324 II BGB beim Spezieskauf.

Beim Annahmeverzug des Warenkäufers geht die Gefahr nach der allgemeinen schuldrechtlichen Regelung des § 324 II BGB über. Der Gefahrübergang vollzieht sich mit dem Eintritt und für die Dauer des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB). Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs in § 324 II BGB wird somit vorverlegt, da unter Mitwirkung des Käufers die Gefahr nach §§ 446 I 1 oder 447 I BGB übergegangen wäre. § 324 II BGB setzt - im Unterschied zur früheren nordamerikanischen Gefahrtragsregel in § 22 (b) USA (Risk of Loss) - nicht voraus, daß der Annahmeverzug des Käufers für die Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers (§ 433 I 1 BGB) k a u s a l geworden ist.

In Annahmeverzug (§ 293 BGB) kommt der Käufer dadurch, daß er eine zur Lieferung erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Wenn der Käufer seiner Pflicht zur "Abnahme" (=körperlichen Hinwegnahme) aus § 433 II BGB nicht nachkommt, dann gerät er nicht nur in Annahmeverzug (=Gläubigerverzug), sondern regelmäßig auch in Schuldnerverzug (§§ 284 ff. BGB bzw. unter Umständen § 326 BGB). Im amerikanischen Recht entspricht dem der "breach of contract", den der Käufer begeht und der nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) zum Gefahrübergang führt. Der An-

Annahmeverzug setzt kein Verschulden des Käufers voraus. Der Verkäufer hat während des Verzugs des Käufers nach § 300 I BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Daher kann der Verkäufer im Umfang des § 324 I 2 BGB auch dann den Kaufpreis verlangen, wenn er die Unmöglichkeit seiner Leistung (§ 433 I 1 BGB) leicht fahrlässig verschuldet hat. Darin liegt ein Unterschied zu Art. 96, 2. Halbs. EKG, wonach der Verkäufer den Kaufpreis nicht verlangen kann, wenn er den Untergang zurechenbar verursacht hat (*fait du vendeur*).

Die Abnahme ist eine Nebenpflicht (§ 433 II BGB) des Käufers. Wenn er dieser Pflicht schuldhaft (§ 285 BGB) nicht nachkommt, so gerät er unter den Voraussetzungen der §§ 284 ff. BGB in Schuldnerverzug. Der Schuldnerverzug führt jedoch nicht zum Gefahrübergang nach § 324 II BGB. Denn § 324 II BGB setzt ausschließlich Gläubigerverzug (§§ 293 ff. BGB) und keinen Schuldnerverzug (§§ 284 ff. BGB) voraus.

Die Parteien können die Abnahme als Hauptpflicht vereinbaren. Kommt der Käufer dann mit der Abnahme oder mit der Zahlung in Schuldnerverzug, so kann der Verkäufer nach § 326 I BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. In diesem Fall hat der Verkäufer daneben keinen Kaufpreisanspruch (§ 326 I 2, 2. Halbs. BGB) mehr.

II. § 324 II BGB beim Gattungskauf.

Wenn der Gattungskäufer in Annahmeverzug kommt, dann geht die Preisgefahr wie beim Spezieskauf nach § 324 II BGB und nicht etwa nach § 300 II BGB auf den Gattungskäufer über. Voraussetzung ist allerdings, daß eine Konkretisierung stattgefunden hat. In § 324 II BGB bedarf es nur dann keiner Konkretisierung, wenn sich die Unmöglichkeit auf die gesamte Gattung oder bei der Vorratsschuld auf den gesamten Vorrat erstreckt. Die Konkretisierung kann nach § 243 II BGB vor dem Annahmeverzug oder nach § 300 II BGB gleichzeitig mit dem Annahmeverzug eintreten.

Die Konkretisierung nach § 300 II BGB setzt voraus, daß der Verkäufer die Ware anbietet. Das tatsächliche Angebot, das nach §§ 293, 294 BGB zum Annahmeverzug führt, bewirkt die Konkretisierung im Sinne des § 300 II BGB. Das wörtliche Angebot begründet zwar nach §§ 293, 295 BGB den Annahmeverzug. Zur Konkretisierung nach § 300 II BGB ist jedoch nach überwie-

gender Ansicht noch die Aussonderung erforderlich. Außerdem bedarf es einer Mitteilung an den Käufer. Nach heutiger Ansicht braucht die Mitteilung weder der Aussonderung zeitlich nachzufolgen noch braucht sie darauf hinzuweisen, daß die Aussonderung bereits durchgeführt worden sei. Unter den Voraussetzungen der §§ 293, 296 BGB, d.h., wenn für die Mitwirkungshandlung des Käufers ein Termin kalendermäßig bestimmt ist und der Käufer nicht rechtzeitig seine Mitwirkungshandlung vornimmt, dann kommt der Käufer ohne ein Angebot des Verkäufers in Verzug. In diesem Fall kann die Konkretisierung (§ 300 II BGB) zwar ohne Angebot, aber nicht ohne die Aussonderung der Ware erfolgen.

B. DAS AMERIKANISCHE RECHT.

1. Der heutige § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) im Vergleich zum früheren Recht.

Den Unterschied zwischen dem heutigen § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) und dem früheren Recht, also dem Common Law und dem § 22 (b) USA (Risk of Loss), soll das folgende Beispiel¹⁾ verdeutlichen: Am 1. Januar verpackt der Verkäufer die Warensendung und versieht sie mit der Anschrift des Käufers. Laut Vertrag soll die Versendung am 5. Januar erfolgen. Am 3. Januar verweigert der Käufer die Vertragserfüllung. Daraufhin sendet der Verkäufer die Waren nicht am 5. Januar an den Käufer ab. Am 10. Januar vernichtet ein Feuer die im Besitz des Verkäufers verbliebenen Waren.

Nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) ist die Gefahr mit dem Vertragsbruch des Käufers am 3. Januar auf diesen übergegangen. Danach trägt der Käufer die Gefahr vorübergehend (for a commercially reasonable time), soweit der Verkäufer nicht wirksam versichert ist. Im Zeitpunkt des Untergangs am 10. Januar trägt also der Käufer die Gefahr.

Zum gegenteiligen Ergebnis gelangte man unter der früheren Gefahrtragungsregel des § 22 (b) USA (Risk of Loss): Bereits im Common Law hatte sich

1. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 496 f. (Fall Nr. 1). Vgl. auch das Beispiel bei Whiteside, Ky.L.J. 49 (1960), 165, 178.

die besondere Gefahrtragungsregel herausgebildet, wonach der Käufer die Gefahr trug, wenn er pflichtwidrig die Lieferung verzögerte. Voraussetzung war, daß der Untergang die notwendige Folge (necessary consequence) der Verzögerung bzw. die Verzögerung die nächste Ursache des Untergangs war. Diese Regel wurde in § 22 (b) USA (Risk of Loss) fortgeschrieben¹⁾. § 22 (b) USA setzte also voraus, daß die Verzögerung des Käufers für den Untergang k a u s a l geworden war. Wenn der Käufer nicht am 3. Januar die Vertragserfüllung verweigert hätte, wären die Waren am 5. Januar an ihn abgesandt worden und hätten nicht am 10. Januar beim Verkäufer untergehen können. Kausalität wäre somit zu bejahen. In § 22 (b) USA folgte die Gefahrtragung nicht - wie in § 22 USA - dem Eigentum, sondern sie ging unabhängig davon auf den Käufer über²⁾. Aus diesem Grunde wurde diese besondere Gefahrtragungsregel des Common Law und ihre spätere Kodifizierung in § 22 (b) USA als eine gelungene "contract rule"³⁾ bezeichnet. Im Common Law galt die spezielle Gefahrtragungsregel gleichermaßen beim leichten wie beim schweren Vertragsbruch des Käufers. Hingegen fand § 22 (b) USA nur bei einer vorübergehenden Verzögerung und nicht bei einer endgültigen Erfüllungsverweigerung des Käufers Anwendung. Infolgedessen wäre die Gefahr im vorliegenden Beispiel nicht nach § 22 (b) USA auf den Käufer übergegangen, da der Käufer am 3. Januar die Vertragserfüllung e n d g ü l t i g verweigert hat. Stattdessen gelangte im vorliegenden Beispiel die allgemeine Gefahrtragungsregel des § 22 USA (Risk of Loss) zur Anwendung, wonach die Gefahrtragung dem Eigentum folgte. Das Eigentum aber wäre nach § 19 (rule 4) USA (Rules for Ascertaining Intention) nicht auf den Käufer übergegangen. Daher trüge der Verkäufer als Eigentümer nach § 22 USA (Risk of Loss) die Gefahr⁴⁾.

Im Vergleich dazu geht die Gefahr nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) unabhängig davon auf den Käufer über, wer Eigentümer der

1. Siehe Bender's UCC Service, Bd.3A, § 8.03 (3), S. 8-63; Annotation, A.L.R. 3d 66 (1975), 181; Latty, L.& Contemp. Prob. 16 (1951), 3, 16 mit Fußn. 58; Whiteside, Ky.L.J. 49 (1960), 165, 177.
2. Siehe Vold, Sales, 1931, S. 118 Fußn. 5.
3. So Llewellyn, N.Y.U.L.Q.Rev. 15 (1938), 159, 183 Fußn. 41: "This is another contract rule, and another good one, and in direct point to the issue of risk. And the problem of risk is the problem of risk, to be dealt with as such."
4. Siehe N.Y. State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 496 mit Fußn. 272 mit Entscheidungsnachweisen.

Waren ist (§ 2-401 UCC)¹⁾. Während § 22 (b) USA verlangte, daß die Verzögerung der Lieferung für den Untergang ursächlich wurde, verzichtet § 2-510 (3) UCC auf ein Kausalitätserfordernis²⁾. Dadurch werden Zweifel vermieden, wie sie im Zusammenhang mit der "proximate cause" in § 22 (b) USA aufgetreten sind³⁾. § 22 (b) USA fand nur so lange Anwendung, als die Verzögerung nicht das Ausmaß eines schweren Vertragsbruchs annahm⁴⁾. Demgegenüber unterscheidet § 2-510 (3) UCC nicht zwischen leichtem und schwerem Vertragsbruch, sondern gelangt in beiden Fällen zur Anwendung.

11. Der Grundgedanke des § 2-510 (3) UCC.

Wenn der Käufer den Vertrag n i c h t gebrochen hat, dann gilt der Grundsatz, daß derjenige Vertragsteil die Gefahr tragen soll, der die Ware unter seiner Kontrolle⁵⁾ hat und der sie leichter gegen den Untergang versichern⁶⁾ kann. Demzufolge geht die Gefahr nach § 2-509 (3) UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) vom "merchant-seller" auf den Käufer über, wenn die Ware den Kontrollbereich des Verkäufers verlassen hat und wenn der Käufer sie in Empfang (receipt) nimmt. Dieser Grundsatz der Gefahrtragung wird durchbrochen, wenn der Käufer den Vertrag bricht. Dann geht nämlich die Gefahr nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) mit dem Vertragsbruch auf den Käufer über,

1. Siehe *Multiplastics, Inc. v. Arch Industries, Inc.*, 166 Conn. 280, 288, 348 A. 2d 618, 622 f. (1974) unter Berufung auf *Peters*, Yale L.J. 73 (1963), 199, 201. Siehe auch UCC Handbook, S. 63; Hall, Wis.L.Rev. 1952, 209, 221 f.; Kidd, Wyo.L.J. 14 (1959), 25, 27 und 29; Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711, 735.
2. Siehe Williston on Contracts, Bd. 8, § 967 A, S. 479 mit Fußn. 1; Ruprecht, RabelsZ 19 (1954), 427, 440.
3. Siehe *Whiteside*, Ky.L.J. 49 (1960), 165, 177.
4. Siehe Annotation, A.L.R. 3d 66 (1975), 181; vgl. das Beispiel bei Anderson, § 2-510 UCC Anm. 8.
5. Siehe Official Comment, § 2-509 UCC Anm. 3; White und Summers, S. 138.
6. Siehe Pope, Ark.L.Rev. 28 (1975), 508, 510; kritisch dazu N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1954, S. 102.

obwohl der Verkäufer die Ware w e i t e r h i n im Besitz und unter seiner Kontrolle hat¹⁾. Die Gefahrtragung und die Kontrolle über die Ware fallen also nicht in e i n e r Person zusammen. Vielmehr trägt der Käufer die Gefahr, während der Verkäufer die Kontrolle über die Ware ausübt. Denn aufgrund des Vertragsbruchs verzögert sich die Abnahme der Ware durch den Käufer. Der Verkäufer wird in der Regel vom Vertragsbruch des Käufers überrascht. Daher benötigt der Verkäufer eine angemessene Zeit, um sich auf den Vertragsbruch des Käufers einzustellen. Der Verkäufer muß die Waren, die länger als vorgesehen in seinem Besitz bleiben, gegen die Gefahr des Untergangs versichern können. Bis dahin trägt der Käufer "for a commercially reasonable time" die Gefahr. Der Käufer, der den Vertragsbruch begeht, ist anschließend eher in der Lage, die Waren gegen den Untergang zu versichern, als der Verkäufer, der sich erst einmal auf die durch den Vertragsbruch des Käufers veränderte Situation einstellen muß²⁾.

III. Die Konkretisierung: "Identification" heute und "Appropriation" früher.

Damit die Gefahr beim Vertragsbruch des Käufers auf diesen nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) übergehen kann, müssen die Waren bereits konkretisiert (i d e n t i f i e d) sein. Zur "Identification" nach § 2-501 (1) UCC ist k e i n e Zustimmung des Käufers erforderlich³⁾. Die "Identification" ist auch eine Voraussetzung des Eigentumsübergangs nach § 2-401 (1) UCC (Passing of Title)⁴⁾. Die Gefahrtragung im UCC ist allerdings unabhängig vom Eigentumsübergang geregelt.

Demgegenüber ging nach § 22 USA (Risk of Loss) mit dem Eigentum zugleich auch die Gefahr über. Die "a p p r o p r i a t i o n" war Voraussetzung für den Eigentumsübergang nach § 19 (rule 4) USA (Rules for Ascertaining

1. Einen Widerspruch sehen darin: N.Y.State Law Revision Comm'n, Report 1955, S. 499; ferner Williams, Ind.L.Rev. 7 (1974), 711, 736.
2. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (2) , S. 8-58.
3. Siehe Bender's UCC Service, Bd. 3A, § 8.03 (3) , S. 8-63; Rabel, Warenkauf, Bd. 2, S. 317 mit Fußn. 56; Whiteside, Ky.L.J. 49 (1960), 165, 177 mit Fußn. 66.
4. Siehe Hawkland, Transactional Guide, S. 148; Williston on Sales, Bd.3, 4. Aufl., § 23-3, S. 330.

Intention)¹⁾. Zwar konnte der Verkäufer die zur "appropriation" erforderliche Handlung allein vornehmen. Damit die "appropriation" eintrat, mußte der Käufer jedoch noch seine Z u s t i m m u n g (assent)²⁾ erteilen³⁾.

IV. Die wirtschaftliche Funktion der Versicherung.

In § 2-510 (3) UCC geht die Gefahr nur insoweit auf den Käufer über, als der Verkäufer nicht wirksam versichert ist. Die Versicherung verteilt das Risiko auf die Versicherungsnehmer⁴⁾. Die Versicherungsprämie tritt an die Stelle des Verlustes, der so zur kalkulierbaren Größe wird⁵⁾. Die Kosten der Versicherungsprämie kann der Verkäufer im Wege der Preisgestaltung dem Käufer auferlegen. Der Käufer, der dadurch mittelbar die Versicherungsprämie finanziert, wird in § 2-510 (3) UCC vom Verlust freigestellt.

C. DAS EINHEITLICHE KAUFGESETZ.

1. Art. 98 I EKG: Der Spezieskauf.

Verzögert der Käufer pflichtwidrig die Lieferung, so geht die Gefahr nach Art. 98 I EKG⁶⁾ auf ihn über, bevor es zur Lieferung kommt. Die Vorverlegung des Gefahrübergangs auf den nach dem Vertrag letztmöglichen Lieferzeitpunkt verhindert, daß der Käufer aus seiner Pflichtverletzung einen Vorteil zieht. Der Käufer trägt nach Art. 98 I EKG für die Dauer der Verzögerung die Gefahr. Während der Verzögerung ist der Verkäufer nach Art. 91 EKG verpflichtet, angemessene Maßnahmen zur Erhaltung der Sache zu treffen. Nach Art. 96, 2. Halbs. EKG muß der Verkäufer risikoerhöhende Einwirkungen (*fait du vendeur*) auf die Sache unterlassen. Endet die Verzögerung, so fällt die Gefahr auf den Verkäufer zurück.

1. Siehe Williston on Contracts, Bd.8, § 961, S.433 f. FuBn. 5; Lattin, Hastings L.J. 16 (1965), 551, 563 f.
2. Vgl. Rabel, Warenkauf, Bd.2, S. 316 mit FuBn. 49, S. 317 mit FuBn. 51 und 53.
3. Siehe Bender's UCC Service, Bd.3A, § 9.05 (1), S. 9-17 mit FuBn. 3.
4. Siehe McCoid, Ind.L.J. 39 (1964), 647, 665.
5. Siehe Posner, S. 75.
6. Vgl. Art. 66 II 1 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

Der Gefahrübergang nach Art. 98 I EKG setzt voraus, daß der Verkäufer eine vertragsgemäße Sache bereithält. Der Käufer braucht seine Pflicht (Art. 56 EKG) nicht schuldhaft zu verletzen. Bei der Holschuld kommt er der Abnahmepflicht (Art. 65 EKG) nicht nach, wenn er die Ware auf die Anzeige des Verkäufers hin nicht innerhalb angemessener Frist abholt. Bei der Bringschuld genügt es, daß der Käufer die ihm angebotene Ware nicht abnimmt. Beim Versandungskauf findet Art. 98 I EKG Anwendung, wenn sich die Aushändigung an den Beförderer verzögert. Das ist der Fall, wenn der Käufer die Abnahme v o r der Absendung verweigert. Das gleiche gilt, wenn der Käufer bei der Absendung nicht zahlt und der Verkäufer deshalb nach Art. 72 I 1 EKG (Lieferung beim Versandungskauf Zug um Zug gegen Zahlung) die Absendung der Ware aufschiebt. Demgegenüber geht bei rechtzeitiger Absendung die Gefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) i.V.m. Art. 19 II EKG (Lieferung beim Versandungskauf) auf den Käufer über, ohne daß es auf eine s p ä t e r e Abnahmeverweigerung des Käufers noch ankäme.

Wenn der Verkäufer wegen der Nichtabnahme durch den Käufer (Art. 66 I EKG) oder wegen der Verletzung s o n s t i g e r Käuferpflichten (Art. 70 I a EKG), d.h. anderer Käuferpflichten als der in Art. 56 EKG zur Zahlung und Abnahme, die A u f h e b u n g des Vertrages erklärt, dann wird der Käufer nach Art. 78 I EKG (Wirkung der Vertragsaufhebung) von seiner Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises f r e i. Wenn die Ware nunmehr untergeht, dann hat der Verkäufer zwar keinen Kaufpreisanspruch mehr. Der Käufer bleibt aber im Falle der Vertragsaufhebung zum Schadensersatz verpflichtet (Art. 78 I EKG).

II. Art. 98 II und III EKG: Die Konkretisierung beim Gattungskauf.

Wenn der G a t t u n g s käufer die Aushändigung der Ware verzögert, geht die Gefahr nach Art. 98 II EKG¹⁾ nur dann auf ihn über, wenn die Ware k o n k r e t i s i e r t worden ist. Ohne Konkretisierung könnte der Verkäufer nach Belieben behaupten, die untergegangenen Waren seien für den Käufer bestimmt gewesen. Der Verkäufer muß nach Art. 98 II EKG die Ware offensichtlich aussondern und dem Käufer diesen Vorgang anzeigen. Mit

1. Vgl. Art. 66 II 2 des UNCITRAL-Entwurfs von 1976.

der Absendung der Anzeige tritt die Konkretisierung ein. Ausnahmeweise erfolgt die Konkretisierung erst mit dem Zugang der Anzeige, wenn die Parteien keinen Abholtermin vereinbart haben. Holt der Käufer die Ware auf die Anzeige hin nicht ab, so geht nach Ablauf einer angemessenen Frist die Gefahr auf ihn über. Bei der Bringschuld ersetzt das tatsächliche Angebot die Anzeige. Beim Versendungskauf ohne Verzögerung geht die Gefahr nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) i.V.m. Art. 19 II EKG (Lieferung beim Versendungskauf) mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer auf den Gattungskäufer über. Wenn sich aber die Aushändigung der Ware an den Beförderer (Art. 19 II EKG) verzögert, weil der Gattungskäufer eine seiner Pflichten (Art. 56 EKG) verletzt hat, dann findet Art. 98 II EKG Anwendung. Danach geht die Gefahr schon dann auf den Gattungskäufer über, wenn der Verkäufer an ihn die Anzeige abgesandt hat, daß die Ware zur Versendung bereitsteht.

Art. 98 III EKG regelt den Sonderfall, daß die Aussonderung ohne Mitwirkung des Käufers nicht möglich ist. Wirkt der Käufer nicht mit, so geht die Gefahr ohne Aussonderung nach Art. 98 III EKG auf ihn über. Wird der gesamte Vorrat vernichtet oder tritt bei unbeschränkter Gattungsschuld Totalunmöglichkeit ein, so steht fest, daß auch die Teilmenge untergegangen ist, die mangels Mitwirkung des Käufers nicht ausgesondert werden konnte. Hat der Verkäufer abgesehen von der Aussonderung alles Erforderliche getan, insbesondere dem Käufer seine Lieferbereitschaft angezeigt, dann geht die Gefahr nach Art. 98 III EKG auf den Käufer über.

Wenn nur ein Teil des Vorrats untergegangen ist, aus dem die Ware für den Käufer ausgesondert werden sollte, dann ist ungewiß, ob die Ware gerade aus dem untergegangenen Teil oder aber aus dem noch vorhandenen Restvorrat ausgesondert worden wäre. Ohne Aussonderung läßt sich also nicht sagen, ob die Ware für den Gattungskäufer untergegangen oder noch vorhanden ist. Aber auch ohne Aussonderung geht die Preisgefahr nach Art. 98 III EKG auf den Gattungskäufer über, da er die Aussonderung verzögert hat. Demzufolge bleibt der Gattungskäufer zur Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet. Als Gegenleistung dafür muß ihm der Verkäufer eine Quote aus dem nicht untergegangenen Restvorrat liefern.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE EINHEITLICHE LÖSUNG.

Wenn der Käufer seinen Pflichten n a c h k o m m t und bei der Lieferung m i t w i r k t, dann geht die Preisgefahr auf ihn über, sobald die Ware den Herrschaftsbereich des Verkäufers verlassen hat u n d in den Kontrollbereich des Käufers übergewechselt ist. Diese Grundregel der Gefahrtragung gilt bei der Hol- und Bringschuld in allen drei Rechtssystemen: Das Traditionsprinzip im deutschen Recht (§ 446 I 1 BGB), der Kontrollgedanke in § 2-509 (3) UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) - die Gefahr geht vom "merchant-seller" auf den Käufer bei Empfangnahme (receipt) über - und die L i e f e r u n g als z w e i s e i t i g e r Vorgang in Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) bestimmen die Gefahrtragung. Beim Versendungskauf weicht die Gefahrtragung von der obigen Grundregel ab, indem die Preisgefahr bereits f r ü h e r auf den Käufer übergeht, nämlich bevor die Ware den Herrschaftsbereich des Käufers erreicht hat. Bereits mit der A u s h ä n d i g u n g der Ware a n d i e T r a n s - p o r t p e r s o n geht die Preisgefahr nach § 447 I BGB, nach § 2-509 (1) (a) UCC (Risk of Loss in the Absence of Breach) bzw. nach Art. 97 I EKG (Gefahrübergang bei Lieferung) i.V.m. Art. 19 II EKG (Lieferung beim Versendungskauf) auf den Käufer über. Dieser v o r z e i t i g e Gefahrübergang rechtfertigt sich daraus, daß die Versendung im Interesse und auf Verlangen des Käufers geschieht.

Beim G a t t u n g s k a u f setzt der Gefahrübergang außerdem voraus, daß die K o n k r e t i s i e r u n g eingetreten ist, d.h. es muß feststehen, beim Untergang w e l c h e r individuell bestimmten Ware der Gattungskäufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt. Die Konkretisierung erfolgt bei der Hol- und Bringschuld s p ä t e s t e n s mit der L i e f e r u n g als z w e i s e i t i g e m Vorgang bzw. beim Versendungskauf mit der A u s h ä n d i g u n g der Ware a n d i e T r a n s p o r t p e r s o n. Spätestens bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Preisgefahr auf den Käufer übergeht, hat also auch die Konkretisierung stattgefunden.

Wenn der Käufer die an ihn gerichtete Lieferung der Ware v e r z ö - g e r t, dann geht die Preisgefahr v o r z e i t i g - ähnlich wie beim

Versendungskauf - auf ihn über. In Abweichung von der obigen Grundregel¹⁾ trägt der Käufer b e r e i t s die Preisgefahr, bevor die Ware in seinen Herrschaftsbereich übergegangen ist. Da der Käufer die Lieferung ver-zögert hat, muß er sich im Hinblick auf die Gefahrtragung so behandeln lassen, als ob er die Lieferung rechtzeitig entgegengenommen hätte; dann wäre nämlich die Preisgefahr auf ihn übergegangen. Mit dem Lieferangebot des Verkäufers geht die Preisgefahr nach § 324 II BGB auf den Käufer über, der dadurch in Annahmeverzug (§ 293 BGB) gekommen ist, daß er die Lieferung des Verkäufers nicht angenommen hat. Demgegenüber geht nach Art. 98 I EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) die Preisgefahr nicht schon mit dem ersten erfolglosen Lieferangebot des Verkäufers, sondern erst in dem laut vertraglicher Vereinbarung letztmöglichen Lieferzeitpunkt über. Nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) geht die Preisgefahr auch schon dann über, wenn der Käufer v_o_r_a_b, d.h. bevor die Lieferpflicht des Verkäufers fällig geworden ist, die Erfüllung des Kaufvertrages verweigert hat (anticipatory repudiation). Im deutschen Recht wäre dazu noch ein w ö r t l i c h e s Angebot (§ 295, I 1. Alt. BGB) des Verkäufers erforderlich, damit der Käufer aufgrund seiner Erfüllungsverweigerung in Annahmeverzug geriete, wodurch die Preisgefahr nach § 324 II BGB auf den Käufer überginge.

Während in § 324 II BGB der Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) des Käufers den Gefahrübergang herbeiführt, ist es in § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) der "breach of contract" bzw. in Art. 98 I EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) die Pflichtverletzung des Käufers, durch die sich die Aushändigung der Ware an den Käufer verzögert hat. Ein V e r s c h u l d e n des Käufers ist weder Voraussetzung für den Annahmeverzug - anders verhält es sich beim S c h u l d e n verzug (§ 285 BGB), auf den es aber in § 324 II BGB nicht ankommt - noch für den "breach of contract" bzw. die Pflichtverletzung des Käufers in Art. 98 I EKG. Ebensowenig braucht die Verzögerung durch den Käufer für den Untergang der Ware k_a_u_s_a_l geworden zu sein. Ein solcher Kausalzusammenhang war allerdings f r ü h e r im nordamerikanischen Common Law und in § 22 (b)

1. Vgl. oben S. 178.

USA (Risk of Loss) erforderlich. Wenn der Verkäufer den Untergang z_u_r_r_e_c_h_e_n_b_a_r¹⁾ verursacht hat (fait du vendeur), dann verliert er seinen Kaufpreisanspruch (Art. 96, 2. Halbs. EKG). Nach § 300 I BGB hingegen hat der Verkäufer während des Annahmeverzugs des Käufers nur Vor-
satz und grobe Fahrlässigkeit zu v e r t r e t e n; daraus folgt, daß der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch nach § 324 II BGB behält, wenn er den Untergang der Ware l_e_i_c_h_t f_a_h_r_l_ä_s_s_i_g herbeigeführt hat. Nach § 324 II BGB und nach Art. 98 I EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Käufer) trägt der Käufer nur so lange die Preisgefahr, wie seine Verzögerung andauert. Endet der Annahmeverzug, so trägt der Käufer allerdings in der Regel nach den allgemeinen Vorschriften die Gefahr. Nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) trägt der Käufer nur vorübergehend, nämlich nur "for a commercially reasonable time" die Preisgefahr; dieser Zeitraum soll dem Verkäufer Gelegenheit geben, die Ware gegen Untergang zu v e r s i c h e r n. Wenn die Verzögerung des Käufers beendet bzw. die "commercially reasonable time" abgelaufen ist, dann fällt die Preisgefahr auf den Verkäufer z_u_r_ü_c_k.

Verzögert der G_a_t_t_u_n_g_s_kä_u_f_e_r die an ihn gerichtete Lieferung, dann geht die Preisgefahr nach § 324 II BGB, § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) bzw. Art. 98 II EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Gattungskäufer) nur über, wenn die Waren k_o_n_k_r_e_t_i_s_i_e_r_t bzw. "identified" worden sind. Die "identification" wird in § 2-501 (1) (a), (b) und (c) UCC geregelt. Die Konkretisierung kann nach § 243 II BGB v o r bzw. nach § 300 II BGB s p ä t e s t e n s mit dem Annahmeverzug des Käufers eintreten. Zur Konkretisierung nach § 300 II BGB genügt das tatsächliche Lieferangebot (§ 294 BGB) des Verkäufers. Bei nur wörtlichem Lieferangebot (§ 295 BGB) müssen die Aussonderung der Ware und die Anzeige an den Käufer hinzukommen, damit die Konkretisierung (§ 300 II BGB) eintritt. Wenn der Käufer zu dem kalendermäßig bestimmten Zeitpunkt seine Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen hat, dann tritt ohne Lieferangebot (§ 296 BGB) des Verkäufers die Konkretisierung (§ 300 II BGB) ein, vorausgesetzt, daß der Verkäufer die Ware ausgesondert hat.

1. Zur Zurechnung vgl. die moderne Theorie zu § 350 BGB, oben S. 141; dazu siehe Leser, Der Rücktritt, S. 201 ff.

Nach Art. 98 II EKG (Gefahrübergang bei Verzögerung durch den Gattungskäufer) bedarf es g r u n d s ä t z l i c h der o f f e n s i c h t l i c h e n A u s s o n d e r u n g und einer A n z e i g e davon an den Käufer.

Eine A u s n a h m e gilt bei der u n b e s c h r ä n k t e n Gattungssschuld im Falle der T o t a l u n m ö g l i c h k e i t der Leistung bzw. bei der Vorratsschuld - beschränkten Gattungsschuld - im Falle des Untergangs des g e s a m t e n Vorrats: Sowohl nach § 324 II BGB als auch nach Art. 98 III EKG (Gefahrübergang ohne Aussonderung bei Verzögerung durch den Gattungskäufer) geht in diesen Fällen die Preisgefahr o h n e A u s s o n d e r u n g auf den im Verzug befindlichen Gattungskäufer über. Ausnahmsweise o h n e Aussonderung trägt der Gattungskäufer nach Art. 98 III EKG auch dann die Preisgefahr, wenn nur ein T e i l des Vorrats untergegangen ist, aus dem die Ware für den Gattungskäufer ausgesondert werden sollte, aber infolge von dessen Verzögerung nicht ausgesondert werden konnte. In diesem Fall bleibt der Gattungskäufer zur Zahlung des v o l l e n Kaufpreises verpflichtet, für den der Verkäufer als Gegenleistung eine Q u o t e aus dem nicht untergegangenen Restvorrat liefern muß.

Wenn der Verkäufer die Waren wirksam (effective) gegen den Untergang versichert hat, dann wird der Käufer i n s o w e i t nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) trotz seines Vertragsbruchs von der Gefahrtragung f r e i. Der Verkäufer hat dann also keinen Kaufpreisanspruch gegen den Käufer. Daher kann auch kein Kaufpreisanspruch des Verkäufers auf den Versicherer im Wege der "subrogation" übergehen, wenn der Versicherer die Versicherungssumme an den Verkäufer - Versicherungsnehmer - auszahlt. Demgegenüber b l e i b t der Käufer im deutschen Recht nach § 324 II BGB auch dann zur Zahlung des Kaufpreises v e r p f l i c h t e t, wenn der Verkäufer gegen den Untergang versichert ist. Ob der Kaufpreisanspruch des Verkäufers gegen den Käufer, der sich im Annahmeverzug befindet und daher die Preisgefahr trägt (§ 324 II BGB), im Wege der "cessio legis" nach § 67 I 1 Versicherungsvertragsgesetz auf den Versicherer übergeht, ist umstritten. Immerhin wird im deutschen Recht vertreten, daß in diesem Fall der Versicherer gegenüber dem Käufer die - übergegangene - Kaufpreisforderung geltend machen kann. Hingegen wird der Käufer im nordamerikanischen Recht - § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) - gegenüber dem versicherten Verkäufer und somit auch gegenüber dem Versicherer

von seiner Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises f_r_e_i. Diese Freistellung des Käufers hat ihren guten - wirtschaftlichen - Grund: Der Käufer finanziert nämlich mit dem Kaufpreis, den er an den Verkäufer zahlt, die Versicherungsprämie, die der Verkäufer als Versicherungsnehmer für die Versicherung gegen Untergang an den Versicherer zahlt. Wenn aber der Käufer durch die Kaufpreiszahlung die Versicherungsprämie finanziert, dann soll er beim Untergang der Ware auch den Nutzen aus der vom Verkäufer abgeschlossenen Versicherung ziehen. Das geschieht dadurch, daß er gegenüber dem Verkäufer und somit auch gegenüber dem Versicherer von seiner Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises nach § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) f_r_e_i wird. Der Versicherer kommt also für den durch den Untergang entstandenen Verlust auf, indem er an den Verkäufer - Versicherungsnehmer - die Versicherungssumme auszahlt¹⁾. Der Versicherer seinerseits verteilt den Verlust auf die Gesamtheit der Versicherungsnehmer, die mit ihren Versicherungsprämien den Verlust anteilig tragen. Der Verkäufer als Versicherungsnehmer wiederum erlegt die Kosten der Versicherungsprämie im Wege der Preisgestaltung dem Käufer auf. Deshalb sollte der Käufer auch von dem wirtschaftlichen Verlust des Untergangs der Ware befreit werden, d.h. der Käufer sollte - wie dies in § 2-510 (3) UCC (Effect of Breach on Risk of Loss) geschieht - von seiner Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises f_r_e_i werden.

1. Vgl. Posner, Economic Analysis of Law, S.76, der der Frage nachgeht: "... how does shifting a risk from the insured (= Verkäufer als Versicherungsnehmer) to the insurance company reduce or eliminate the risk and thus enhance welfare?" (Zusatz in der Klammer vom Verfasser).

Lebenslauf.

Am 23. März 1953 wurde ich in Kassel geboren. Mein Vater, Karl Biederbeck, wurde mit 65 Jahren als Vorsitzender Richter am Landgericht Kassel pensioniert. Meine Mutter, Hildegard Biederbeck (geb. Deppe), ist Hausfrau. Geschwister habe ich keine.

Nach dem Besuch der Volksschule und des humanistischen Friedrichsgymnasiums in Kassel machte ich am 15. Juni 1971 Abitur.

Im Wintersemester 1971/72 begann ich mit dem Jurastudium an der Philipps-Universität in Marburg/Lahn. Am 26. Oktober 1976 legte ich dort das Erste Juristische Staatsexamen ab.

Anschließend war ich bis zum 30. September 1977 als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsvergleichung, Anglo-Amerikanische Abteilung, der Philipps-Universität tätig. Meine Kenntnisse im amerikanischen Recht erweiterte ich durch einen einjährigen Studienaufenthalt an der University of Chicago Law School (Stipendium: Fulbright bzw. University of Chicago). Das Studienprogramm schloß ich mit dem Grad des "Master of Comparative Law" ab. Am 1. Oktober 1978 kehrte ich aus den USA an die Philipps-Universität nach Marburg/Lahn zurück, um meine Dissertation fortzusetzen.

Am 1. März 1979 trat ich den juristischen Vorbereitungsdienst in Wiesbaden an. Im Anschluß an die Wahlstation beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main absolvierte ich am 12. Juni 1981 das Zweite Juristische Staatsexamen.

